



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO

REMEDIOS EN LA LIBRE COMPETENCIA

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FRANCISCO BELMAR BARRIENTOS

PROFESOR GUÍA: SIMÓN ACCORSI OPAZO

SANTIAGO DE CHILE

2016

Tabla de contenidos.

	Página
I. Introducción.....	1
II. Marco teórico.....	3
1. Concepto.....	3
2. Clasificación.....	5
2.1. Remedios estructurales.....	6
2.2. Remedios de comportamiento o conducta.....	11
2.3. Otras clasificaciones.....	13
3. Valoración de los remedios.....	14
III. Remedios de operaciones de concentración.....	17
1. Caso LAN/TAM.....	18
1.1. Descripción del mercado.....	18
1.2. Intervenciones principales.....	19
1.3. Medidas de mitigación.....	21
1.4. Corte Suprema.....	34
2. Caso SMU/SDS.....	38
2.1. La consulta, el mercado relevante y las barreras de entrada.....	38
2.2. Riesgos de la operación consultada.....	42
2.3. Eficiencias.....	46
2.4. Medidas de mitigación.....	50
2.5. Corte Suprema.....	57
2.6. Voto de minoría.....	74

2.7. Cumplimiento del fallo.....	81
3. Caso Shell/Terpel.....	82
3.1. Objeto de la consulta, mercado relevante y principales intervenciones.....	83
3.2. Riesgos para la libre competencia.....	87
3.3. Eficiencias.....	91
3.4. Voto de minoría.....	94
3.5. Corte Suprema.....	103
4. Caso Chile Films/Cine Hoyts	111
5. Caso Nestlé/Pfizer.....	113
6. Conclusiones parciales.....	118
IV. Remedios en abuso de posición dominante.....	127
1. FNE/EDELMAG.....	128
2. ATREX/SCL-AMB.....	133
3. Constructora Independencia y FNE/Empresas sanitarias.....	137
3.1. Intervenciones principales.....	137
3.2. Razonamiento del tribunal.....	141
4. OPS/Telefónica.....	147
4.1. Intervenciones principales.....	148
4.2. Razonamiento del tribunal.....	153
5. FNE/CCF.....	159
5.1. Intervenciones.....	159
5.2. Razonamiento del tribunal.....	162
6. FNE/AGMITAL.....	168

7. Arauco/D&S.....	174
7.1. Demanda y contestación.....	174
7.2. Razonamiento del tribunal.....	179
8. FNE/CCT.....	184
8.1. Etapa de discusión.....	184
8.2. Razonamiento del tribunal.....	188
9. Conclusiones parciales.....	197
V. Conclusión final.....	203
Bibliografía.....	206

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo contribuir a la prácticamente inexistente doctrina relativa al tema que trata, a saber, los remedios o medidas de mitigación que pueden imponer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema al conocer de una operación de concentración o de un abuso de posición dominante.

El método utilizado es inductivo. Se basa casi en su totalidad en el análisis de sentencias, tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como de la Corte Suprema, en casos que han sido relevantes por su fecha, cuantía o procedimiento.

La conclusión del trabajo es que la jurisdicción cuenta con una potestad amplísima para la imposición de remedios, que estos constituyen regulación económica y cumplen objetivos distintos en las dos sedes mencionadas. No se hacen recomendaciones normativas pues cualquier regulación que pueda hacerse en esta materia necesariamente sería redactada en términos amplios, por lo que la certeza solo será posible mediante el análisis de la jurisprudencia, tal y como ocurre hoy.

I. Introducción.

La primera prevención que debe hacerse al lector es que el título es muy pretencioso. En realidad, este trabajo aborda la temática de los remedios o medidas de mitigación en el Derecho de la libre competencia solo en los casos de operaciones de concentración y abuso de posición dominante. Se excluyen de esta forma, por ejemplo, casos de colusión.

El método que se utiliza es inductivo, vale decir, se obtendrán conclusiones generales a partir de lo que ha resuelto la jurisprudencia en casos particulares. De este modo, probablemente no resulte novedoso para un abogado experimentado. Sin embargo, el trabajo no va dirigido a ese público, sino que está pensado para quien quiera introducirse en el tema, teniendo eso sí nociones de Derecho económico.

Ahora bien, la razón de tratar este tema es el escaso desarrollo que ha tenido en la doctrina, lo cual se reflejará, por ejemplo, en la poca bibliografía nacional citada. Esto en todo caso obedece en buena parte a lo incipiente que es nuestro Derecho de la libre competencia, dado que recién hace poco más de una década tenemos una institucionalidad más sofisticada con la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en

adelante TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) en el año 2003.

La mencionada falta de doctrina ha penado sobre todo en los casos de operaciones de concentración, pues no se tiene total claridad en torno a las medidas que puede adoptar el TDLC, toda vez que, por regla general, son conocidas por la vía de la consulta, esto es, el procedimiento no contencioso establecido en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley 211 (en adelante, DL 211). Es en esta sede donde se les da mayor importancia, pues es acá donde se centra la discusión del análisis de fusión.

Esto contrasta, en principio, con los casos de abuso de posición dominante, ya que son conocidos normalmente por la vía del procedimiento contencioso enunciado en el artículo 18 N° 1 del DL 211, el cual tiene en el artículo 26 un catálogo taxativo de facultades que puede adoptar el Tribunal.

En razón de lo dicho resulta relevante, de cara a casos futuros, hacer un análisis sistemático de la jurisprudencia que permita saber qué medidas el TDLC y la Corte Suprema consideran que están dentro del ámbito de sus facultades y son adecuadas o proporcionales a cada caso.

II. Marco Teórico.

1. Concepto.

En los términos más amplios posibles, un remedio se ha definido como una “Medida correctora que impone una autoridad judicial o una agencia administrativa una vez que ha constatado la existencia de una práctica anticompetitiva, ya sea que una o varias empresas se han puesto de acuerdo para coludir en el mercado, o han llevado a cabo un abuso de posición dominante, o bien porque mediante una operación de concentración van a crear una situación de dominio que representa una amenaza para la situación competitiva del mercado”¹.

En relación a esta definición, cabe hacer dos observaciones. Primero, es verdad que, en rigor, las medidas de mitigación son impuestas, pues las decreta una autoridad y solo ahí adquieren carácter obligatorio, sin embargo, ello no es reflejo de cómo en muchos casos se llega a la conclusión de la necesidad de dicha medida. Es decir, en muchos casos los

¹ DIEZ. E, F. 2008. Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. P. 24.

remedios son propuestos por sobre quien recaerá el mismo. Es lo que puede ocurrir, por ejemplo, en las operaciones de concentración que son aprobadas por medio de un acuerdo extrajudicial. Y segundo, tratándose del caso chileno, los remedios solo son determinados de forma definitiva por el TDLC, quien es el órgano con potestad para juzgar los casos de abuso de posición dominante y de aprobar de forma definitiva las operaciones de concentración, sin perjuicio de las facultades negociadoras de la FNE en los casos del acuerdo extrajudicial o del caso en que la operación de concentración se aprueba informalmente mediante la resolución de archivo de la misma, siguiendo la guía que la FNE elaboró al efecto el 2012².

En razón de lo anterior, se definirá al remedio o medida de mitigación, al menos para efectos de este trabajo, de una forma más sencilla: Medida que busca corregir el daño a la libre competencia, actual o eventual, que produce o puede producir el acto de algún(os) competidor(es).

Cabe agregar que no haré distinción entre los remedios que se aplican en operaciones de concentración de aquellos que se aplican a casos de abuso de posición dominante. En cualquiera de los dos casos ellos constituyen regulación económica, según se verá más adelante.

² FISCALIA NACIONAL ECONOMICA. Guía para el análisis de operaciones de concentración. 2012. [En línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>>.

Si bien en sede de abuso de posición de dominio también se imponen sanciones, la distinción entre ellas y los remedios igual vale, pues las sanciones conllevan un juicio de reproche, mientras que los remedios no. Claramente la frontera entre las sanciones y los remedios pueden ser difusa en muchos casos, pero ello no es razón suficiente para no poder hacer la distinción.

2. Clasificación.

La clasificación más importante y tradicional de los remedios es aquellas que distingue entre remedios estructurales y de conducta. El criterio al que atiende esta distinción es la intensidad con que se afectan los derechos de propiedad de quien soporta el remedio o la eficacia para modificar el mercado. En general, los remedios de conducta se identifican con obligaciones de hacer o no hacer³, mientras que los estructurales con obligaciones de dar, salvo el caso de los remedios de sublicencia, sobre los que se hará referencia en un momento.

³ V. gr. En la literatura se ha definido como las medidas que “afectan la conducta futura de la empresa sancionada, obligándole a hacer –remedio positivo- o a no hacer –remedio negativo- algo”, ALLENDES S., R. 2008. Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. P. 25.

2.1. Remedios estructurales.

En general, se definen como “aquellas obligaciones que pretenden incidir directa o indirectamente en la estructura del mercado, mediante la supresión de barreras de entrada, la llegada de nuevos operadores y/o el refuerzo de los rivales del operador dominante”⁴.

Dentro de ellos se distingue entre **(i) los remedios de enajenación de activos o de desinversión**, como sería la venta de un negocio (total o parcial) o la obligación de dividir la empresa, y **(ii) los remedios de sublicencia**, esto es, aquellos que imponen la obligación de acceso a un servicio esencial o el uso de un derecho de propiedad intelectual. Estos últimos imponen en realidad una obligación de hacer, por lo que podrían considerarse remedios de conducta, sin embargo, normalmente se clasifican como remedios estructurales por su capacidad de modificar la estructura del mercado⁵.

Como bien contrasta la doctrina “Mientras que los remedios de conducta están orientados a facilitar que las empresas rivales puedan

⁴ JIMÉNEZ L., F. y PRIETO. K., E. 2008. Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. Pp. 138 y 139.

⁵ Ibid. P. 139.

aumentar su participación en el mercado, lo cual está sujeto a un cierto grado de incertidumbre, el remedio estructural asigna directamente y con certeza una mayor cuota de mercado a uno o varios competidores”⁶.

En segundo lugar, tienen un **bajo costo de implementación**, ya que solo requieren identificar los activos a desinvertir y el comprador de los mismos, sin ser necesaria una gran fiscalización posterior por parte de la autoridad.

Entre sus **desventajas** está el hecho de que “**pueden aumentar los riesgos de colusión en la industria**, al incrementarse la simetría entre los compradores y las empresas que se fusionan, pudiendo favorecerse, además, por la existencia de múltiples contactos entre ellas”⁷.

También se cuenta su **naturaleza rígida** dada la radicalidad con que afecta los derechos de propiedad. El riesgo de aplicar una medida de este tipo se ve agravado al constatar que es un ejercicio marcado profundamente por la incertidumbre toda vez que se están tomando medidas en base a un escenario futuro, que aún no existe. Este riesgo de incertidumbre aumenta

⁶ CAÑIZARES P., E. y DOMÍNGUEZ M., D. 2008. Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis Coste-Beneficio. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. P. 183.

⁷ AGÜERO. V., F. Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector *Retail*. [En línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491050 [Consulta: 17 de Junio de 2014]. P. 7.

todavía más si el mercado en que inciden los remedios es dinámico, ya que las condiciones del mismo son todavía más cambiantes⁸.

La dificultad en la aplicación de los remedios estructurales se debe, además de todo lo mencionado, a la **serie de intereses en juego**⁹. La doctrina ha dicho que, por una parte, está la **autoridad de competencia**, quien actuará con menos imparcialidad si observa que no existe oposición a la consulta. En rigor, esta no es una afirmación aplicable a nuestro modelo dado que el TDLC, por tener la calidad de Tribunal, siempre actuará con la misma imparcialidad. Es la FNE el órgano sobre el cual no pesa el deber de imparcialidad.

Por otra parte, el notificante o **vendedor** buscará concretar la operación lo más rápido posible, al mayor precio y perdiendo el menor porcentaje de mercado. Al mismo tiempo, por tratarse de una enajenación forzosa, no tendrá incentivo alguno en ofrecer información ni activos valiosos al comprador.

⁸ CAÑÍZARES Y DOMÍNGUEZ. Op Cit. P. 183.

⁹ El análisis está tomado de ALFARO A., J. 2008. El comprador de los activos en la aplicación de los remedios estructurales: En particular, el Up-Front Buyer y las soluciones Fix-it-first. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. Pp. 207-210. Y de CREUS, A. 2008. Varios remedios en busca de un daño a la competencia por una concentración. Conceptos e instrumentos clave en materia de remedios: Comprador adecuado, negocio viable, el trustee y otros. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. Pp. 245-247.

Y por su parte, el **comprador** tendrá los incentivos opuestos al vendedor, es decir, buscará obtener bienes lo más valiosos posibles, al menor precio, reduciendo el porcentaje de mercado que ostenta el vendedor. Acá se debe distinguir si el comprador tiene interés en el mercado o no. Si no lo tiene, es decir, si es un comprador que solo busca vender los activos, puede resultar cuestionable su idoneidad si no se asegura que no venderá a quien le vendió o a algún otro competidor dominante del mercado. Si tiene interés en el mercado, se debe distinguir entre aquel que actualmente es un competidor de aquel que busca entrar al mercado. El primero tiene la ventaja de conocer el mercado; el segundo no, por lo que encontrará más asimetrías de información al momento de la compra.

Según señala la literatura, “El comprador ideal, a la vista de los ejemplos, es un competidor del vendedor que no esté presente en los mercados geográficos donde desarrolla su actividad la empresa que se vende”¹⁰. Es decir, un competidor en el mercado por producto, que ya tiene experiencia y conoce los procesos de producción, pero que está fuera del área geográfica, para diversificar la oferta en ese espacio.

¹⁰ ALFARO A., J. Op Cit. P. 210.

De todas formas, todo lo mencionado es algo que debe analizarse en concreto. Como lúcidamente muestra la doctrina, vendedor y comprador tenderán a actuar racionalmente. Es decir, en tanto partes de un contrato, buscarán maximizar el beneficio común, sin importar los efectos externos que produzcan. Esto efectos externos pueden concretarse por medio de dos conductas: Que acuerden expresa o tácitamente una reducción de la oferta posterior a la concentración, lo que se logra fijando un precio por debajo del de mercado para los activos enajenados, de modo que es el vendedor el que le paga al comprador por no utilizar los bienes por un tiempo determinado; O utilizando el contrato para coordinar su conducta futura en el mercado mediante cláusulas de cooperación entre las partes en torno a los activos cedidos¹¹.

Para que se entienda mejor el primer caso, un ejemplo: Una empresa A vende a una empresa B los activos que se les obligó enajenar, los cuales tienen un valor de mercado de \$100. A vende los activos a B por \$80, a cambio de que B oferte menos bienes de los que es capaz.

Para evitar esos riesgos se recomienda que la autoridad exija “que el comprador de los activos de los que ha de deshacerse la empresa resultante

¹¹ Ibid. P. 219-220.

de la fusión sea un competidor extranjero que no esté presente en el mercado geográfico”¹², reiterando la idea ya mencionada antes, y que prohíba “las cláusulas en los contratos de compraventa que hagan depender al comprador de los vendedores en cualquier sentido”¹³, así como también aquellas que permitan al vendedor recuperar los bienes.

2.2. Remedios de comportamiento o conducta.

Se definen, para el caso de las operaciones de concentración, como aquellos que “restringen los derechos de propiedad de las empresas fusionadas, considerando compromisos por las partes que se fusionan en no abusar de sus activos o contraer ciertas obligaciones contractuales”¹⁴. Por su parte, para el caso del abuso de posición dominante, se definen en relación a que “imponen límites a la política comercial del infractor, refiriéndose a una conducta o conductas comerciales específicas que no puede hacer el

¹² Ibid. Pp. 220-221.

¹³ Ibid. P. 221.

¹⁴ AGÜERO. Op. Cit. P. 2.

operador dominante”¹⁵. En todo caso, también pueden adoptar la forma de obligaciones de hacer.

La gran ventaja de los remedios de conducta es su flexibilidad, en el sentido de que “pueden modificarse en caso de observarse que no contribuyen a la consecución de los objetivos deseados, o ante cambios en las condiciones del mercado”¹⁶.

Sin embargo, comparativamente con los remedios estructurales, se consideran inferiores especialmente en tres puntos¹⁷: (i) Costes de implementación, pues exigen a la autoridad una fiscalización constante del cumplimiento de las medidas mandadas, asumiendo de esta forma funciones que son más propias de un regulador sectorial; (ii) Posibilidad de evasión, en cuanto a que plantean mayores ambigüedades y problemas interpretativos, con el consecuente aumento de la litigiosidad y los costos que ella implica; Y (iii) Introducción de distorsiones en el mercado, en el sentido de que implican una modificación temporal del mercado distorsionando las señales que este emite al resto de los competidores. De este modo, un competidor potencial podría infravalorar los costos que

¹⁵ JIMÉNEZ Y PRIETO. Op cit. P. 139.

¹⁶ CAÑÍZARES Y DOMÍNGUEZ. Op cit. P. 184.

¹⁷ Ibid. Pp. 184 y 185.

encontrará una vez que entre al mercado. Además, los remedios de conducta tienen el inconveniente de que la empresa que los soporta puede no reaccionar de forma rápida y eficiente ante los cambios en las condiciones del mercado.

2.3 Otras clasificaciones.

DÍEZ ESTELLA hace un par de distinciones más que resultan interesantes.

La primera es entre las intervenciones en el mercado ex ante y ex post¹⁸. Las primeras tienen lugar una vez que se ha declarado la existencia de una conducta anticompetitiva, mientras que las segundas toman la forma de regulaciones de sectores específicos o de la normativa general antimonopolio.

La segunda distinción que vale tener en cuenta es aquella entre los remedios de orden y comando y los económicos¹⁹. Los primeros son regulaciones que mandan o prohíben, o sea, señalan lo que debe o no puede hacer una empresa. Los segundos establecen incentivos para lograr que la empresa se comporte de una determinada manera.

¹⁸ DÍEZ E., F. 2008. Op. Cit. P. 106.

¹⁹ Ibid. P. 115.

3. Valoración de los remedios.

Parte de la doctrina²⁰ propone tres parámetros para evaluar un remedio, a saber, su proporcionalidad, su efectividad y su aplicabilidad. Es decir, el remedio debe (i) ser acorde al fin perseguido, (ii) debe tener un efecto real sobre el mercado y (iii) deben tenerse en cuenta los costes de implementación y seguimiento del cumplimiento de la medida, tanto para la autoridad de competencia, como para el que soporta el remedio, pues tampoco es deseable poner en riesgo la viabilidad económica del competidor.

Otra parte de la doctrina estima que “Si el criterio de bienestar de los consumidores es considerado generalmente como el estándar sobre el cual juzgar la legalidad e ilegalidad de una determinada conducta, también debería serlo para valorar la validez de los remedios aplicados a esa conducta”²¹. Dicho eso, los estándares a considerar serían cuatro:²²

- Efectos del remedio sobre los precios: Teóricamente, al reducir las barreras de entrada y facilitar la llegada de competidores, los precios

²⁰ Ibid. P. 127-128.

²¹ JIMÉNEZ L., F. y PRIETO K., E. Op cit. P. 140.

²² Ibid. Pp. 141-145.

deberían bajar. Si ello se logra, se valorará positivamente la aplicación del remedio.

- Efectos del remedio sobre los costes de producción: El remedio tendrá por efecto la disminución del tamaño de la empresa o de su capacidad productiva, con la consecuente alza en el coste unitario de producción, la cual será traspasada probablemente a los consumidores, aumentando los precios. En consecuencia, debe considerarse esta variable en el balance final del remedio.
- Efectos del remedio sobre la innovación: Al respecto no existe evidencia concluyente. Vale decir, no se ha determinado una relación estable entre concentración del mercado e innovación, así que es una cuestión que deberá determinarse casuísticamente, sin existir pautas generales *a priori*.
- Efectos del remedio sobre los costes administrativos: Se refiere a los costos de aplicación de la medida y de fiscalización del cumplimiento de la misma para la autoridad de competencia. Se sostiene en este punto que los remedios de sublicencia son más costosos que los de desinversión, ya que requieren una constante verificación por parte de la autoridad del cumplimiento de la medida y generan problemas

interpretativos, aumentando la litigiosidad. Por el contrario, para los remedios de desinversión se requiere solo identificar a un comprador idóneo y los activos a enajenar, sin perjuicio de que dicho proceso puede resultar bastante complejo por la serie de requisitos que debe tener el comprador para ser idóneo. Por ejemplo, en la Unión Europea se entiende que el comprador es idóneo cuando no está conectado de forma significativa con el vendedor, posee recursos financieros, experiencia demostrada e incentivos para mantener y desarrollar la actividad cedida como fuerza competitiva activa en competencia con las partes y su adquisición no genera, en principio, problemas de competencia²³. Por su parte, la identificación de los activos a ceder tampoco es tan sencilla, pues deben ser bienes que permitan al comprador ser un competidor activo en el mercado. Se debe evitar lo que se llama el riesgo de composición de los activos objeto de cesión, es decir, que la entidad formada con los activos cedidos no quiebre al poco de constituirse²⁴.

²³ ALFARO A., J. Op cit. Pp. 205-206.

²⁴ Ibid. P. 211.

III. Remedios en operaciones de concentración.

De la jurisprudencia existente hasta el año 2008, la doctrina ya ha sistematizado varias observaciones. En primer lugar, observó que la finalidad de las medidas para la Corte Suprema es que sean suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, además de deber ser prudentes y considerar un tiempo razonable para su implementación²⁵. Para el TDLC, por su parte, el remedio debe ser suficiente contrapeso del riesgo que pueda crearse, buscando solo restablecer y no aumentar la competencia²⁶.

En cuanto a los remedios estructurales, el TDLC ha establecido, por ejemplo, restricciones ex ante al comprador de los activos, consistentes en que no pueda tratarse de personas relacionadas, o la obligación de que ciertos hechos o actos posteriores a la consulta sean aprobados por él²⁷.

Como medidas de comportamiento el Tribunal ha impuesto la prohibición de participar en empresas que puedan competirle a la empresa fusionada, obligación de consultarle bajo ciertas condiciones, imposición de

²⁵ AGÜERO. V., F. Op cit. Pp. 15-16.

²⁶ Ibid. Pp. 28-29.

²⁷ Ibid. P. 17.

precios máximos, regulación de precios de transferencia entre filial y empresa matriz, determinación de contenido de un contrato u obligación de su presentación a la FNE, limitación temporal de las cláusulas de no competencia a un máximo de dos años, prohibición de ventas atadas o negativa injustificada de venta, entre otras²⁸.

A continuación, se enumerarán cinco casos de operaciones de concentración. Los criterios para seleccionar los casos fueron su cuantía, el procedimiento en que fueron conocidas las operaciones y que hayan sido recientes. Al final del análisis habrá un apartado de conclusiones provisionales que contendrán enseñanzas generales respecto de los remedios en operaciones de concentración. Cuestión similar se hará con casos de abuso de posición dominante.

1. Caso LAN/TAM.

1.1. Descripción del mercado.

²⁸ Ibid. P. 18-19.

LAN y TAM son empresas de transporte aéreo, tanto de pasajeros como de carga. La participación en el mercado chileno de LAN, en el período Enero-Julio de 2011, era de un 78,2% para vuelos nacionales y un 51% para vuelos internacionales. Sus más cercanos competidores dentro del país eran SKY Airline (17,3%), PAL Airlines (4,34%) y Aerovías DAP (0,145%).

Por su parte, TAM tenía en Brasil una participación del 44,4% de los vuelos nacionales y un 89,6% de los vuelos internacionales. Su principal competidor era GOL, con una participación del 41%.

Ambas líneas tiene un modelo de *Hub and Spoke*²⁹. LAN utiliza como *hubs*³⁰ los aeropuertos de Santiago, Buenos Aires, Lima y Quito, mientras que TAM tiene un *hub* en Sao Paulo.

En definitiva, ambas líneas son las más grandes en el rubro de toda Latinoamérica.

1.2. Intervenciones principales.

²⁹ El glosario de la resolución los define como “un sistema de conexiones entre los distintos puntos que sirve una red de cobertura de una aerolínea en el cual éstas se organizan como rayos de una rueda (*spokes*) alrededor de un núcleo (*hubs*) que sirve como acumulador de pasajeros, con el fin de reunir la densidad crítica para hacer rentables las conexiones a destino”.

³⁰ El glosario de la resolución señala que un *Hub* “corresponde a un aeropuerto que una aerolínea utiliza como punto de concentración de pasajeros que proceden de diversos orígenes para redireccionarlos a su destino final, como parte de un modelo *Hub and Spoke*.”

El 27 de enero de 2011, la Corporación nacional de consumidores y usuarios de Chile (CONADECUS) inició un procedimiento de consulta, conforme al artículo 18 N° 2 del DL 211, dirigido al TDLC a fin de que declarara si la fusión entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. se ajustaba a las normas sobre libre competencia. A grandes rasgos, la Corporación consideró como riesgos los “derechos de los pasajeros y otros derechos relativos al sistema de reserva computacional; programas de viajero frecuente; código compartido y acuerdos de intercambio de millas; políticas de alianzas; y, el Plan de Autorregulación Tarifaria de LAN”³¹.

Por el contrario, LAN y TAM argumentaron conjuntamente que la operación no ponía en peligro la libre competencia porque: Solo existe una superposición relevante de sus operaciones en dos rutas (Santiago-Sao Paulo y Santiago-Río de Janeiro) que representan solo un 1.4% de los pasajeros transportados por ambas compañías; En los últimos 10 años han existido 18 compañías de servicio aéreo entre Chile y Brasil; No existen barreras de entrada en las rutas mencionadas; Existe un tratado de cielos

³¹ TDLC. Resolución 37/2011. 21.09.2011. Párrafo 9. Cabe aclarar que un Código compartido lo definió el Tribunal como un contrato en que dos líneas aéreas acuerdan unificar dos vuelos entre un par Origen-Destino en un único avión operado por alguna de las dos compañías, de modo que el vuelo tiene el código de ambas compañías. A su vez, un Par Origen-Destino corresponde a los puntos (aeropuertos o ciudades) donde el pasajero inicia el viaje (origen) y donde lo termina (destino). Ambas definiciones se encuentran en el Glosario que el Tribunal estableció al inicio de la Resolución.

abiertos entre Chile y Brasil que permite que cualquier aerolínea de esos países transporte pasajeros y carga desde un país a otro y al resto del mundo; Existe una alta sustituibilidad de la oferta en los mercados aéreos entre Chile y Brasil; Internet permite a los consumidores comparar las alternativas ofrecidas; La operación aumentará la oferta y, en consecuencia, disminuirán los precios; La demanda de servicio aéreo en Latinoamérica tiene un alto potencial de crecimiento, lo que aumenta la competencia.

Por su parte, la FNE observó que existían importantes aspectos del mercado que impedían la entrada de nuevos competidores en igualdad de condiciones con LAN y TAM, además de que las barreras de entrada aumentarían luego de concretada la operación. También señaló que TAM es uno de los principales competidores de LAN, por lo que aumentará su posición de dominio, con el consecuente aumento del riesgo de abusos unilaterales. Identificó riesgos de coordinación, principalmente a partir de los códigos compartidos.

1.3. Medidas de mitigación.

La resolución resultó ser muy rica desde un punto de vista dogmático. Así, se pueden extraer una serie de enseñanzas a partir de ella:

Objetivo de las medidas: “Se trata, en definitiva, de restaurar las condiciones de competencia previstas a la operación, permitiendo la participación en los mercados afectados de un competidor que pueda reemplazar al que, una vez perfeccionada la misma, dejará de competir actual o potencialmente con LAN, esto es, a TAM”³² (destacado propio). De este modo, se descarta la posibilidad de aumentar la competencia mediante la imposición de medidas.

Condiciones que deben cumplir las medidas: “A juicio de este Tribunal, para cumplir con ambos propósitos, las medidas o condiciones que se impongan deben entonces ser: (i) proporcionales, esto es, responder de manera equitativa y razonable a los riesgos que pretenden enervar; (ii) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (iii) eficaces, en cuanto su aplicación debe implicar un verdadero contrapeso o contención respecto de

³² Ibid. Párrafo 303.

los riesgos detectados; y, (iv) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo”³³.

Definición de remedio estructural: Son las medidas que “modifican la asignación de derechos de propiedad y permiten crear o consolidar nuevas empresas competidoras”³⁴.

Definición de remedio conductual: Son las medidas que “imponen restricciones a los derechos de propiedad que permanecen en la empresa resultante de la operación”³⁵.

El Tribunal también reconoce la **ventaja de los remedios estructurales por sobre los de comportamiento**, al menos para los casos de operaciones de concentración horizontal, en consonancia con lo dicho por la doctrina, expuesto en el primer capítulo de este trabajo. Expresamente señala el tribunal que “Las medidas estructurales en general han sido reconocidas- para casos de operaciones de concentración

³³ Ibid. Párrafo 304.

³⁴ Ibid. Párrafo 307.

³⁵ Ibid.

horizontal como el de autos- como más efectivas y fáciles de aplicar que las medidas conductuales, pues no requieren del monitoreo y fiscalización constante (y costoso) que exigen éstas últimas”³⁶. Asimismo dice en un par de párrafos más adelante que “Las medidas estructurales apuntan a reducir las barreras a la entrada en esta industria de manera que sea el mercado, y no las restricciones impuestas por este Tribunal, el que discipline el comportamiento de la empresa fusionada LATAM para que así, finalmente, se traspasen en un grado importante las eficiencias de la Operación a los pasajeros que vengan o salgan desde Chile”³⁷. Es decir, el Tribunal considera a los remedios estructurales más efectivos para reducir las barreras de entrada y menos costosos que los remedios de conducta.

En coherencia con lo dicho, el Tribunal recalca las **desventajas de los remedios de conducta** al decir que “Más determinante aún es el hecho de que las medidas conductuales, en una industria dinámica, muy probablemente restringirán la operación de la empresa, no sólo con respecto a conductas indeseadas desde el punto de vista de la libre competencia, sino también con respecto a decisiones optimizadoras que no van en contra de tal

³⁶ Ibid. Párrafo 308.

³⁷ Ibid. Párrafo 310.

bien jurídico”³⁸. Esto es reflejo de lo dicho antes en cuanto a que la empresa que debe soportar los remedios de conducta no reacciona con la misma velocidad a los cambios en el mercado, pudiendo provocar ineficiencias.

Así concluye el Tribunal que “en el presente caso se privilegiará la imposición de medidas estructurales por sobre las conductuales, y se utilizarán estas últimas con un carácter complementario de las medidas estructurales”³⁹.

Desde un punto vista procesal, resulta interesante que el Tribunal afirme que “ha decidido no adoptar algunas de las medidas conductuales recomendadas por la FNE, puesto que ha preferido reemplazarlas por otras medidas, de carácter estructural”⁴⁰, lo cual es reflejo y confirma la vigencia del **principio de oficialidad en el procedimiento de libre competencia**, ya que el Tribunal no se encuentra limitado por lo que propongan o pidan las partes, sino que puede decretar medidas que provengan de su propia iniciativa.

Finalmente, antes de pasar a enumerar en específico las medidas que impuso el Tribunal, resulta llamativo recalcar que el tribunal haya afirmado

³⁸ Ibid. Párrafo 308.

³⁹ Ibid. Párrafo 309.

⁴⁰ Ibid. Párrafo 311.

que “Las medidas escogidas no sólo reducen los ingentes y permanentes esfuerzos de fiscalización – reconocidos por la propia FNE en estrados – sino que también son menos riesgosas –dado el fin perseguido- y permiten que el grado de intervención en la industria, luego de cumplidas tales medidas, sea menor”⁴¹. Lo llamativo radica en que el Tribunal consideró, contrariamente a lo que la intuición indica, que los remedios estructurales son menos riesgosos y menos intrusivos que los remedios conductuales. Probablemente el Tribunal lo vio desde el punto de vista temporal, es decir, los remedios estructurales intervienen en solo una ocasión, aunque de una manera mucho más profunda, en los derechos de propiedad de las empresas, a diferencia de los remedios de comportamiento, que se prolongan en el tiempo.

Pues bien, en particular, las medidas adoptadas por el TDLC fueron las siguientes:

1. Las primeras cuatro condiciones tienen por objetivo facilitar la entrada de nuevos competidores al mercado, disminuyendo las principales barreras de entrada.

⁴¹ Ibid.

Así, la primera condición establece que LATAM deberá intercambiar cuatro *slots*⁴² diarios de despegue y cuatro *slots* diarios de aterrizaje en el aeropuerto de Guarullhos, Sao Paulo. Naturalmente, la condición está regulada en detalle, sin embargo, lo más interesante para efectos de este trabajo es el punto I.3 en la parte que señala que “Serán elegibles para el intercambio aquellas aerolíneas que tengas interés en iniciar o incrementar servicios regulares de transporte aéreo en la ruta Santiago-Sao Paulo, en vuelos *non stop* y que constituyan un competidor efectivo de LATAM, entendiendo por competidor efectivo a aquél que, cumpliendo con los requisitos regulatorios y operacionales del caso, no se encuentre relacionado con LATAM y/o de sus controladores directos o indirectos y de sus empresas matrices, filiales coligadas y/o relacionadas, o por acuerdos de código compartido”⁴³ (destacado agregado). En el primer capítulo, vimos que la doctrina había concluido que, idealmente, el destinatario de los activos debía ser un competidor dentro del mercado por el producto, pero no el geográfico. Pues bien, se observa que el Tribunal trata de alcanzar ese óptimo en la medida que el caso lo permite, ya que define como destinatario

⁴² El glosario de la resolución no define lo que es un slot, pero se le llama así al período de tiempo en que el avión puede hacer uso de las instalaciones del aeropuerto.

⁴³ Ibid. Resuelvo I.3.i.

de los *slots* a otra aerolínea, es decir, un competidor en el mercado del producto. Al ser el mercado geográfico tan grande y, en consecuencia, limitar demasiado el espectro de posibles destinatarios, decide solo establecer la obligación de que el beneficiario de los *slots* no esté relacionado. Claro está que si una aerolínea que no tuviera participación en Sudamérica o América Latina quisiera obtener el beneficio, probablemente no tendría problemas de conflictos de interés, coincidiendo con el óptimo señalado por la doctrina.

2. Si, dentro de 36 meses contados desde que se materialice la operación, una aerolínea que opera en las rutas Santiago-Sao Paulo, Santiago-Río de Janeiro, Santiago-Montevideo y Santiago-Asunción, o una que manifiesta su intención de operar en ellas, solicita participar del Programa de pasajeros frecuentes de LATAM, se le deberá extender, por un período de cinco años, todos los beneficios de dicho programa a sus pasajeros.

3. LATAM deberá suscribir acuerdos de interlínea del tipo *Straight Prorate*⁴⁴ en las rutas Santiago-Sao Paulo, Santiago-Río de Janeiro y/o

⁴⁴ El glosario de la resolución define un acuerdo de interlínea como aquel “suscrito entre dos o más aerolíneas, que les permite comprar asientos en vuelos de la contraparte para rutas no cubiertas por la red de la primera, con el fin de ofrecer a sus clientes tal punto como destino”. A su vez, el Acuerdo de prorrateo directo o *Straight prorate agreement* se define como “un acuerdo por el que dos o más aerolíneas establecen un sistema de distribución de ingresos por venta de pasajes en vuelos interlínea o con código compartido, con una proporción fija según la distancia relativa de cada vuelo y comisiones”.

Santiago-Asunción con las aerolíneas que operen dicha línea, o que manifiesten su intención de hacerlo, hasta doce meses después de cumplida la condición primera, de intercambio de slots.

4. Tanto la cuarta como la quinta medida tuvieron por objetivo prevenir la comisión de conductas unilaterales abusivas por parte de LATAM.

Así fue como le prohibió a LATAM aumentar la oferta mensual de asientos disponibles en los vuelos de la ruta Santiago-Sao Paulo, entre la fecha que le soliciten los *slots* y hasta 12 meses después de que se realice efectivamente su intercambio, en el período que medie entre los 15 minutos anteriores y 15 minutos posteriores al itinerario de vuelo que correspondía al respectivo *slot*.

5. Se le ordenó a LATAM cumplir íntegramente con el Plan de autorregulación aprobado por la Comisión resolutive en 1997 y el TDLC en 2005, con ciertas modificaciones.

6. Las condiciones sexta y séptima tuvieron por objetivo reducir los riesgos de coordinación.

En concordancia con ello, se le ordenó a LATAM renunciar a al menos una de las dos alianzas globales a las que sus partes pertenecían (LAN y TAM).

7. LATAM no podrá celebrar acuerdos de código compartido con los miembros o asociados de una alianza distinta de aquella a la que pertenezca, sin autorización del Tribunal.

Más aún, establece que “LATAM y sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas deberán someter a conocimiento de este Tribunal, en forma previa a su suscripción y por vía de consulta, en los términos del artículo 18 N° 2 del DL 211, los actos jurídicos a través de los cuales establezcan o modifiquen acuerdo de código compartido con una o más aerolíneas, cualquiera que sea la alianza a la que ésta(s) pertenezca(a), respecto de rutas nacionales y de aquellas rutas referidas en el numeral VII.1 precedente [Chile-Norteamérica y Chile-Europa]. Se excluye de la presente obligación cualquier acto jurídico o acuerdo de código compartido que LATAM celebre con miembros de su propio grupo empresarial”⁴⁵. Junto con la condición octava y décimo cuarta, esta medida fue impugnada ante la Corte Suprema, por lo que baste por ahora con mencionarlas.

8. Las condiciones décimo octava a undécima fueron calificadas por el Tribunal como medidas de mitigación adicionales.

⁴⁵ Ibid. Resuelvo VII.3.

La octava condición establece que las compañías chilenas controladas por o relacionadas con LATAM deberán renunciar, dentro de 12 meses una vez concretada la operación, a cuatro frecuencias de 5ª libertad a Lima, para que se las adjudique otra aerolínea chilena.

9. La condición novena establece que “LATAM deberá manifestar a las autoridades del transporte aéreo su opinión favorable a la apertura unilateral de cielos para cabotaje en Chile por empresas aéreas de otros Estados, sin exigencias de reciprocidad”⁴⁶. Es decir, debe mostrarse favorable a la liberalización del mercado.

10. La condición décima obliga a LATAM a promover el adecuado crecimiento y normal operación de los aeropuertos Guarulhos y Arturo Merino Benítez, a fin de facilitar el acceso a otras líneas.

11. La condición décimo primera señala brevemente que “LATAM no podrá dar incentivos a las agencias de viaje en relación a metas porcentuales de su venta total u otras medidas equivalentes, cuya justificación económica sea reforzar abusivamente el poder de mercado de LATAM”⁴⁷.

⁴⁶ Ibid. Resuelvo IX.

⁴⁷ Ibid. Resuelvo XI.

12. Como medidas transitorias se imponen las condiciones décimo segunda y décimo tercera, las que tienen la forma de remedios de conducta, a diferencia de los anteriores que eran estructurales.

La condición décimo segunda obliga a LATAM a mantener de forma transitoria al menos 12 vuelos de ida y vuelta a la semana, sin escalas, para las rutas Chile-Estados Unidos y 7 vuelos, en las mismas condiciones, para las rutas Chile-Europa.

13. La condición décimo tercera impone la medida de precios máximos. Para el transporte de carga, no podrá superar al publicado al momento de la resolución, y para el transporte de pasajeros, lo limita mediante una fórmula matemática.

14. Finalmente, la condición décimo cuarta tiene por finalidad ayudar a fiscalizar y controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas. Consiste en la obligación de LATAM de contratar a un tercero independiente que asesore a la FNE para el objetivo señalado. Para ello, “deberá ser independiente de LATAM y/o de sus controladores directos o indirectos y de sus empresas, matrices, filiales coligadas y/o relacionadas, y deberá mantener dicha condición durante todo el período en el que preste

sus servicios”⁴⁸. La medida señala en detalle el proceso de selección de la consultora.

También establece que “el costo del proceso de preselección, así como el de los servicios que preste el Consultor y sus gastos, serán íntegramente de cargo de LATAM”⁴⁹, lo cual puede resultar problemático, pues se genera un interés. Es evidente que para el consultor siempre será una situación contradictoria que le pague la empresa a la que fiscaliza, sabiendo que dicha empresa no desea en realidad ser fiscalizada con esa intensidad.

De esta condición, probablemente la parte más polémica es aquella que dice “LATAM y/o sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, deberán otorgar, tanto a la Fiscalía Nacional Económica como al Consultor, acceso irrestricto, total, permanente y continuo, tanto fuera como dentro de Chile, a sus bases de datos, sistemas, contabilidad y contratos; a su documentación corporativa, legal, operacional, financiera, contable y tributaria; y a sus instalaciones, oficinas, centros de procesamiento de datos o de llamadas, servidores e inmuebles”⁵⁰.

⁴⁸ Ibid. Resuelvo XIV.3.

⁴⁹ Ibid. Resuelvo XIV.6.

⁵⁰ Ibid. Resuelvo XIV.7.

1.4. Corte Suprema.

Como se anticipó, las condiciones séptima, octava y décimo cuarta fueron impugnadas por la vía de recursos de reclamación interpuestos por LAN y por TAM.

Del fallo de la Corte se deducen varias observaciones interesantes:

Se pueden imponer medidas sobre terceros que no fueron parte en el proceso: “Que las circunstancias precipitadas conducen a esta Corte a desestimar la alegación de las reclamantes referida a la falta de emplazamiento de los agentes económicos que podrían ser afectados por la medida de mitigación séptima impuesta por el TDLC, esto es aquellos contratantes que han celebrado acuerdos de código compartido con LAN y TAM”⁵¹, sin perjuicio de que el tercero afectado pueda iniciar el procedimiento que estime conveniente ante el TDLC. La razón es que, conforme dispone el artículo 5° del DL 211, “puede concluirse que el tribunal posee una competencia amplia que le faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de actuación el deber de cautelar el

⁵¹ Corte Suprema. Sentencia rol 9483-2011. 05.04.2012. Considerando 5°.

bien esencialmente institucional de la libre competencia”⁵². Es decir, **el TDLC tiene una misión institucional: Cautelar la libre competencia, y para ello cuenta con la potestad consultiva-preventiva**, la que le permite afectar intereses particulares con tal de lograr el óptimo en este bien mayor. En efecto, más adelante la Corte dirá claramente que “el TDLC ejerce además de una función sustantiva una teleológica (...) ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición por sobre la utilidad que pueda surgir para un particular”⁵³.

Al respecto, la Corte precisa que esta potestad “No tiene por finalidad sancionar un injusto monopolístico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, por lo que si éstas cambian pueden también modificarse las resoluciones adoptadas”⁵⁴. De ello se deduce que, respecto de las medidas, no existe cosa juzgada material, dado que ellas no son inmutables, y que **la Corte se inclina claramente**

⁵² Ibid. Cons. 8°.

⁵³ Ibid. Cons. 17°.

⁵⁴ Ibid. Cons. 6°. Más adelante, en el considerando 12°, la Corte será reiterativa en esta idea al señalar que “en el ejercicio de la potestad consultiva no se realiza un juicio de reproche respecto de la conducta de los agentes económicos. Lo que aquí se constata únicamente es la compatibilidad del asunto consultado con el bien jurídico protegido por el D.L. N° 211”.

por la opción de entender a los remedios como regulación administrativa y no como sanciones jurisdiccionales. Sobre el particular, la doctrina ya había sido clara en explicar que “La naturaleza administrativa-regulatoria –y no sancionatoria- de las condiciones o medidas debe entenderse en el contexto de la economía-política de la regulación (...) Para ser más precisos, el proceso de reforma regulatoria siempre genera uno o más perdedores, incluso tratándose de reformas de naturaleza eficiente”⁵⁵.

Por lo demás, **la amplitud con que fueron establecidas las facultades del TDLC se justifica por una razón práctica.** Estas constituyen una delegación de facultades consciente por parte del legislador, toda vez que “es imposible que la ley, ante la complejidad de los asuntos de libre competencia y en específico de una operación de concentración, pueda comprender todo el campo de acciones que impidan prevenir un atentado contra dicho bien”⁵⁶.

⁵⁵ MONTT O., S. Condiciones impuestas por el Tribunal de defensa de la libre competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho chileno. [En línea] <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf> [Consulta: 12 de Julio de 2014].

⁵⁶ Corte Suprema, sentencia rol 9483-2011. 05.04.2012. Cons. 10°.

En un segundo momento de su parte considerativa, la Corte se hace cargo de las alegaciones que señalaban que algunas medidas eran inconexas respecto de la operación de concentración en cuestión.

Finalmente, la Corte analiza las eventuales infracciones a garantías constitucionales en que habría incurrido el fallo del TDLC. Al respecto, la Corte concluye que no existe inconstitucionalidad alguna. A modo de observación general, lo más interesante de lo dicho por la Corte es aquella parte en que afirma que “no es plausible invocar la propiedad para sustraerse al requerimiento del órgano público de dar cumplimiento a las medidas de mitigación, porque como se ha dicho son los propios reclamantes quienes decidieron ejercer actividades en conjunto con miras a eliminar un competidor principal. En este sentido, no hay lesión a la propiedad cuando son los mismos agentes económicos quienes con anticipación aceptan llevar a cabo un negocio jurídico regulado por el ordenamiento de competencia que lo condiciona a que ajuste a su preceptiva”⁵⁷. Es decir, los agentes económicos deben asumir como un costo más el proceso de aprobación de la operación de concentración. Además, la Corte con esto establece parámetros muy exigentes para que el

⁵⁷ Ibid. Cons. 23°.

TDLC incurra en infracciones a garantías constitucionales, dado que se trata de un proceso voluntario y en que el Tribunal cuenta con amplias facultades para cumplir con su rol institucional de cautelar la libre competencia.

2. Caso SMU/SDS.

2.1. La consulta, el mercado relevante y barreras de entrada.

La operación que se analizó, y que ya estaba materializada cuando el TDLC conoció de ella, consistió en la absorción de Supermercados del Sur (en adelante “SDS”) por parte de SMU S.A., mediante la compra de sus acciones.

El escenario en que se realizó la fusión se caracterizaba por la existencia de dos agentes de mercado dominantes, Walmart y Cenconsud, siendo SMU y SDS los competidores que le seguían en porcentaje de mercado. Aproximadamente, Walmart y Cencosud dominaban un tercio del mercado nacional cada uno, con una leve ventaja de Walmart, SMU tenía un poco menos del 20% y SDS ostentaba una cifra cercana al 10%.

A principio de siglo existían en el mercado varias cadenas independientes de mercados. En efecto, más de la mitad del mercado pertenecía a pequeñas cadenas. Sin embargo, las grandes cadenas lograron su tamaño mediante un crecimiento inorgánico, es decir, comprando las cadenas más pequeñas. Esto es importante tenerlo en cuenta porque, a juicio del Tribunal, es “inviabile que pueda entrar a esta industria un cuarto actor con la celeridad y escala suficiente para disciplinar el poder de mercado conjunto de estas tres cadenas incumbentes, ya que la posibilidad de entrar adquiriendo empresas más pequeñas ya casi no existe, mientras que la entrada a partir de cero de un competidor efectivo sería lenta, ya que necesariamente su expansión deberá ser orgánica”⁵⁸.

Pues bien, el Tribunal define el mercado relevante del producto como el de “aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales”⁵⁹. Por su parte, considera como mercado geográfico solo el local, sin perjuicio de tener que analizar también

⁵⁸ TDLC. Resolución 43/2012. 12.12.2012. Párrafo 8.9.

⁵⁹ Ibid. Párrafo 9.1.

el mercado nacional porque la operación a nivel inter-regional permite a las cadenas más grandes lograr menores costos.

En cuanto a las barreras de entrada, el Tribunal detectó barreras relacionadas con dos factores principales: (i) Ventajas de costos que adquieren las empresas ya establecidas por economías de escala, ámbito y densidad, y (ii) posibilidad de las empresas de adoptar estrategias que impiden la entrada de nuevos competidores⁶⁰.

Las primeras se refieren a mejores condiciones de aprovisionamiento dada su mayor escala de operación y desarrollo de marcas propias, las cuales les permiten negociar menores precios con sus proveedores.

También se expresan en tres cuestiones concretas: (a) La capacidad informática de las grandes cadenas, que les permite tener inventarios centralizados; (b) la menor necesidad de destinar superficie comercial, que es más cara, para almacenar inventario; y (c) los menores requisitos de personal administrativo para la recepción de mercadería.

Hasta este punto, la conclusión a la que llega el Tribunal es que “en un mercado tan pequeño como el chileno, hace muy difícil la entrada de un cuarto operador aun en el caso de que las empresas incumbentes decidan

⁶⁰ Ibid. Párrafo 9.20.

explotar su poder de mercado, ya que no es posible entrar con tamaños de empresas muchos menores a los que ya operan”⁶¹.

En relación al segundo grupo de barreras de entradas, esto es, la posibilidad de que, en los hechos, las cadenas dominantes adopten estrategias que impidan la entrada de nuevos competidores, el Tribunal da cuenta del hecho de que las principales cadenas puedan diversificar sus formatos de venta. Es decir, las grandes cadenas pueden segmentar la demanda, especializándose y consolidando su oferta en determinados nichos, lo cual no puede hacer una cadena pequeña, para la cual es mucho más difícil atacar un nicho pues en él ya existe competencia.

Además, debe considerarse como barrera de entrada la falta de terrenos en los sectores de mayor densidad.

Como una última consideración de este apartado, el Tribunal señala que SMU, como otras cadenas de supermercados, mantiene un programa de fidelización que le da acceso al RUT de sus clientes, siendo posible relacionar la información obtenida con su comportamiento en el retail, la banca y otra serie de información que no es posible sistematizar por parte de una cadena pequeña de supermercados. Esto le permite satisfacer de

⁶¹ Ibid. Párrafo 9.23.

mejor manera ciertos nichos de demanda, lo cual constituye una clara ventaja respecto a actores entrantes.

Luego el Tribunal pasa a hacer un análisis de competencia en el mercado relevante, en el concluye que “no parece haber en autos evidencia suficiente de que esta fusión sea imprescindible para asegurar la supervivencia de la empresa absorbida, o que no exista espacio para un cuarto operador en el mercado.”⁶²

2.2. Riesgos de la Operación consultada.

En primer lugar, veamos cuáles son los riesgos unilaterales que detecta el Tribunal.

El primer riesgo unilateral que encuentra en este caso es el de *Diversion Ratio*. Este concepto se refiere a que “el grado de sustitución entre los productos va a determinar qué fracción de los consumidores que una firma pierde por un alza en sus precios se habría cambiado a la otra firma, ahora fusionada”⁶³. Como lo explica la FNE en su informe citado en la sentencia “cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad entre los

⁶² Ibid. Párrafo 10.24.

⁶³ Ibid. Párrafo 11.4.

productos de las empresas que se van a fusionar, más probables es que éstas vayan a subir los precios de una manera significativa”⁶⁴. Es decir, la empresa fusionada tiene incentivos a aumentar los precios porque “parte de los clientes que las firmas consideraban que perdían ante una potencial alza ahora se irán a un local de su misma cadena”⁶⁵.

El otro riesgo unilateral que encuentra el Tribunal es el aumento de poder de compra, el cual puede tener por efecto ineficiencias asignativas y productivas. La ineficiencia se produce porque, al aumentar el poder de compra y reducirse el número de competidores, el incentivo es aumentar los precios a los clientes y reducir el pagado a sus proveedores. Además, con ello se puede reducir la cantidad transada al punto de bajar del óptimo requerido de producción.

Veamos ahora los riesgos coordinados que el Tribunal considera que existen. Por estos riesgos se entiende el aumento en la probabilidad de que los competidores coordinen sus acciones para alcanzar un mayor poder de mercado, sin que se requiera necesariamente un acuerdo expreso o tácito. Existen efectos coordinados cuando los competidores son capaces de

⁶⁴ Bid. Párrafo 11.3.

⁶⁵ Ibid. Párrafo 11.4.

mantener un precio mayor al que habría en un mercado competitivo o afectar otra variable relevante, como la calidad o la innovación.

En primer lugar, al disminuir el número de competidores se vuelve más fácil el monitoreo, se hace más evidente la interdependencia entre las firmas y se hace menos conveniente un desvío de un eventual acuerdo colusivo. Al respecto, el Tribunal profundiza un poco señalando que la absorción de cadenas más pequeñas habría facilitado el flujo de información. Además, esta es una industria en que existen productos “sensibles”, esto es, aquellos que forman la percepción del cliente en cuanto al nivel general de precios de la cadena⁶⁶, es en este conjunto de productos que los competidores se monitorean más fuertemente, facilitando la tarea de seguimiento, y también respecto de los cuales es más factible que se coludan o compitan más fuertemente.

En segundo lugar, la facilidad de monitorear los precios contribuye a la posibilidad de colusión.

En tercer lugar, la existencia de una demanda relativamente estable, como en este caso, también facilita la colusión, pues hace más probable la detección de desvíos del eventual acuerdo colusivo. Por el contrario, cuando

⁶⁶ Ibid. Párrafo 12.17.

la demanda es fluctuante e incierta, se hace más difícil dar cuenta del desvío.

En cuarto lugar, la simetría que se generará entre los competidores también propende a la colusión. Cuando existe asimetría, los competidores de menor tamaño tienen más incentivos a desviarse pues tienen una mayor proporción de clientes que captar.

Finalmente, también es relevante el hecho de que los tres principales agentes de mercado tengan presencia en diversas zonas geográficas, ya que el contacto en varios mercados permite transmitir disciplina colusiva. Es decir, “ante un desvío en un mercado (esto es, incumplimiento del acuerdo) se puede castigar en otro mercado a la firma que se desvió, donde le sea menos atractivo romper el acuerdo”⁶⁷.

Por todos los riesgos mencionados, el Tribunal concluye que “la operación consultada aumenta en forma significativa los riesgos de conductas coordinadas en una industria altamente relevante tanto para los consumidores como para sus proveedores y para la competencia en los mercados productivos en los que participan tales proveedores”⁶⁸.

⁶⁷ Ibid. Párrafo 12.12.

⁶⁸ Ibid. Párrafo 12.24.

2.3. Eficiencias.

El Tribunal analiza posteriormente las eficiencias que puede generar la operación presentada, compensando los riesgos señalados antes. Es decir, el análisis de eficiencias solo se hace cuando se han identificado riesgos en la operación, ya que de no generar riesgos, la operación debe aprobarse de inmediato. Recuérdese que el Tribunal debe velar solo porque los niveles de competencia no disminuyan, no es su misión aumentar la competitividad. Por lo mismo es que, si existen riesgos, y solo si las eficiencias que contrapesan dichos riesgos no son suficientes, deben emplearse medidas de mitigación.

Las eficiencias, para ser consideradas aptas para contrapesar los riesgos detectados, deben cumplir con cuatro requisitos: (i) Haber sido suficientemente acreditada su probabilidad de ocurrencia, en plazos razonables, por los interesados en la materialización de la operación; (ii) ser inherentes a la operación de concentración consultada, esto es, que no puedan ser alcanzadas por medios menos gravosos para la libre competencia que una fusión, en consecuencia, normalmente las eficiencias serán el resultado de una mejora en la función de producción conjunta de

las dos empresas y no exclusivamente de la mayor escala de operación; (iii) no provenir de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos que resulten del mayor poder de mercado alcanzado mediante la operación de la fusión; y (iv) redundar, al menos en parte y con probabilidad y plazo razonables, en menores precios para los consumidores o en una mejora en la calidad de los productos o servicios ofrecidos⁶⁹.

Ahora bien, para este caso en particular, la consultante señala que algunas de las reducciones en costos aducidas corresponden a menores precios pagados a sus proveedores. Al respecto, el Tribunal afirma que no pueden ser consideradas todas las reducciones de costos producto del mayor poder de mercado o de negociación, ya que ellas no necesariamente serán traspasadas a los consumidores. Tratándose de transferencias de ganancias de los proveedores a los consultantes, puede suceder que el costo marginal de aprovisionamiento sea creciente, reduciendo la cantidad comprada, es decir, se reduciría la oferta de productos a los consumidores⁷⁰.

Otra reducción que menciona la consultante es la disminución de los costos fijos. Sobre esto el Tribunal señala que el efecto positivo en la

⁶⁹ Ibid. Párrafos 13.6 - 13.8.

⁷⁰ Ibid. Párrafo 13.10.

intensidad de la competencia que pueda tener la disminución de los costos fijos es menos evidente, por lo que requiere una mayor justificación de la consultante. Una disminución en los costos marginales tiene por efecto más evidente la disminución de los precios, ya que son justamente estos costos los que determinan de forma más obvia e inmediata el precio de los productos.

Otra eficiencia que menciona la consultante y de la que se hace cargo el tribunal es la reducción de costos de back office, arriendo de oficinas, marketing, logística, seguros y otros. Sobre el ahorro en back office y arriendo de oficinas, el Tribunal decide no considerarlos porque “ellos corresponden en esencia a costos cuyo nivel no depende directamente y a corto plazo de la escala de producción, y por lo tanto son asimilables a costos fijos”⁷¹. Lo mismo concluye respecto del ahorro en costos de contratación de plataformas tecnológicas para el funcionamiento de la empresa.

Sobre los seguros el Tribunal considera que tampoco tienen conexión directa con los costos marginales. Además, este ahorro puede lograrse a través de crecimiento orgánico de cada una de las consultantes de forma

⁷¹ Ibid. Párrafo 13.15.

separada o un mayor poder de negociación de la empresa resultante, dado su mayor tamaño.

En cuanto a la disminución de costos por la consolidación en centros de distribución nacional y las economías de densidad que pueden alcanzarse, sí son considerados por el Tribunal por influir en los costos marginales de provisión de bienes. El ahorro sería de aproximadamente un 3,23%.

También incluye el Tribunal como una eficiencia el ahorro en el gasto de publicidad y marketing, pues es razonable pensar que cada peso invertido será más eficiente toda vez que servirá a una cadena más amplia de supermercados. El ahorro se estima en 2,36% del costo marginal de aprovisionamiento de la empresa.

Adiciona como eficiencia considerada los ahorros por mejores condiciones en el transporte de valores y por transacciones de crédito y débito, ya que afectan directamente el costo marginal de provisión de servicios por parte de la consultante.

Como última posible eficiencia analizada, el Tribunal descarta incluir los descuentos por acuerdos comerciales con proveedores, ya que estos se

deben al mayor poder de negociación. Además, pueden terminar siendo anticompetitivos al reducir la cantidad transada.

En definitiva, si se suman todas las eficiencias consideradas como tales por el tribunal, se llega a un ahorro anual de costo de aprovisionamiento de bienes de aproximadamente un 6,46%. Sin embargo, como el Tribunal es consciente que pueden existir otros ahorros relevantes que influyan en los costos marginales de la empresa redondea la cifra en un 10%. En consecuencia, “sólo se estudiarán con detención aquellos casos de localidades en que los precios tengan una presión al alza unilateral -antes de considerar el efecto de las eficiencias- de más de un 10%, observando el por qué de estas cifras y estimando cuáles serán las medidas necesarias y razonables para contrarrestar el riesgo encontrado”⁷².

2.4. Medidas de mitigación.

1. Condición primera: Medidas de desinversión.

⁷² Ibid, Párrafo 13.26.

Esta es la medida que más analiza el Tribunal. Están orientadas a contrarrestar principalmente los riesgos unilaterales, por eso es que la intensidad de los incentivos para subir los precios dependerá de “(i) la proporción de desvío (*diversión ratio*, en inglés), esto es, la proporción de los consumidores que se van a la firma adquirida cuando la firma adquirente sube sus precios; y (ii) de los márgenes de la firma adquirida.”⁷³. Para determinar esta presión a subir los precios el Tribunal utiliza el *Upward Pricing Pressure Index* (UPPI) o índice de presión de precios al alza, cuya fórmula considera la proporción de desvío de ventas, los precios de las firmas adquirente y adquirida, sus márgenes de ganancia y la ganancia en eficiencia. La fórmula es la siguiente:

$$UPPI = D_{12} \frac{P_2}{P_1} m_2 - e_1(1 - m_1) > 0$$

⁷³ Ibid. Párrafo 14.11.

P son los precios de las firmas. La que tiene por subíndice 1 se refiere a la empresa adquirente y la que tiene subíndice 2 corresponde a la empresa adquirida.

D es la proporción de desvío de ventas. Para determinarla se supuso que los consumidores se distribuirán proporcionalmente entre sus competidores relevantes según el porcentaje de mercado que ostentan

M corresponden a los márgenes de ganancia de ambas empresas. Para su determinación se usó información entregada por las partes y la FNE en el proceso.

E significa eficiencia. Se determinó en un 10%, según se explicó en la sección anterior.

Luego de aplicar este análisis, el resultado fue que se consideró como riesgosas 27 comunas. En todas ellas la participación de mercado que tendría la empresa resultante era abrumadora. Así, en Casablanca la entidad fusionada habría tenido un 94% de poder de mercado, en Chimbarongo un 83%, en San Carlos un 46%, en Tomé un 94%, en Penco un 95%, en San Pedro de la Paz un 100%, en Chiguayante un 72,5%, en Lota un 100%, en Angol un 94,9%, en Panguipulli un 100%, en La Unión un 76%, en Río

Bueno un 72%, en Frutillar un 100%, en Ancud un 69% y en Coyhaique un 100%.

Hubo otras comunas que requirieron un análisis más detallado por su tamaño, fueron los casos de Temuco, Valdivia y Puerto Montt. En estos tres casos la presencia de la empresa fusionada no tenía el nivel de los casos antes mencionados, además de que existía una presencia considerable de las otras grandes cadenas supermercadistas, sin embargo, al Tribunal no le bastó el análisis comunal y, en consecuencia, hizo un análisis todavía más local, razón por la cual igual se le obligó a SMU a desinvertir en esas comunas.

La decisión del Tribunal consistió en obligar a SMU a enajenar al menos uno de los locales que pasaría a tener con la fusión en cada una de las comunas mencionadas.

También se le obliga a enajenar los centros de distribución que operaba SDS en Concepción, Osorno y Pudahuel. Esto porque son claves para operación eficiente de un supermercado y su puesta en marcha es lenta, ya que se necesita, además del terreno adecuado y el inmueble, una serie de permisos administrativos.

Se determinó que todos los activos recién mencionados (tanto los locales como los centros de distribución) debían ser enajenados, dentro de ocho meses a la fecha de dictación de la resolución, como una unidad económica a un mismo adquirente, el cual no podía ser una persona relacionada a SMU, directa o indirecta, ni podía tener un 25% de las ventas del mercado supermercadista a nivel nacional. Todas las etapas debían ir siendo informadas al Fiscal Nacional Económico.

2. Condición segunda: Medidas transitorias.

Mientras no se completen las enajenaciones antes mencionadas, SMU tiene la obligación de, en primer lugar, mantener en operación los locales y equiparar los precios a la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes.

En segundo lugar, SMU debe acordar condiciones con los proveedores locales de las mencionadas comunas que no sean menos favorables que las acordadas con otros proveedores de productos similares de la capital regional más cercana.

3. Condición tercera: Otras medidas de desinversión.

También se obligó a SMU a deshacerse de toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad de supermercados Montserrat S.A., incluyendo los activos relacionados con su giro.

Asimismo, el adquirente no podrá ser una persona relacionada, directa o indirectamente, con SMU y no podrá tener una participación superior al 25% anual de ventas en el mercado nacional.

Este proceso de enajenación también debe completarse dentro de ocho meses desde la dictación de la resolución.

Esta medida se justifica en que “Montserrat podría ser un rival de magnitud suficiente como para restaurar el nivel de competencia potencial existente en la Región Metropolitana, que habría disciplinado en algún grado el comportamiento de las mayores cadenas de supermercados”⁷⁴ y en que de esta forma SMU y Montserrat tomarán decisiones realmente independientes.

4. Condición cuarta: Modificación de cláusulas de no competir.

⁷⁴ Ibid, Párrafo 14.24.

Se obliga a SMU a modificar, dentro de 2 años, las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas de supermercados adquiridas por SDS o sus relacionadas.

5. Condición quinta: Condiciones generales de contratación.

SMU deberá establecer términos generales de contratación, que sean públicos y complementen sus acuerdos particulares con proveedores. La consultante deberá adoptar un código de regulación como el de Cencosud, entendiendo al proveedor pequeño como aquel cuyas ventas totales anuales a SMU sean iguales o inferiores a 25.000 UF.

Tampoco podrá cobrar a los proveedores por la reinauguración de los locales que pertenecían a SDS.

6. Condición sexta: Obligación de consulta.

SMU deberá consultar en los términos del artículo 31 del DL 211, y de forma previa a su materialización, por cualquier operación de concentración

de la industria supermercadista en que intervenga directamente o a través de empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la ley 18.045.

2.5. Corte Suprema.

Respecto de la resolución del Tribunal se presentaron tres recursos de reclamación.

En primer lugar, la inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Korou, quienes instaron por que la operación fuera derechamente rechazada. Señala que la enajenación de 21 locales es insuficiente para mitigar el poder de las 542 salas de ventas que ostenta SMU, siendo marginal el efecto de disminución de las barreras de entrada. También afirma que la obligación de consulta previa es mera teoría, puesto que casi no existen cadenas independientes que adquirir, siendo inútil para mitigar algún efecto contrario a la libre competencia. Además, el Tribunal no pensó en el daño que se genera a los proveedores con el escenario post fusión, sino que solo en el daño en los consumidores.

En segundo lugar, Cencosud S.A. impugnó los términos de la condición primera, según la cual los activos señalados debían enajenarse

como una unidad económica y el adquirente no debía tener más de un 25% de poder de mercado. Esto vulneraría el artículo 19 en sus numerales 21 y 23 al impedir a Cencosud adquirir toda clase de bienes. Si bien el ejercicio de los derechos constitucionales no es absoluto, las limitaciones solo pueden ser establecidas por ley, facultad que no tiene el TDLC. Por esta misma razón es que el reclamante argumenta que el TDLC ha actuado fuera de sus facultades, lo que viola el principio de juricidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución. El Tribunal también habría incurrido en un vicio de desviación de poder al establecer medidas de alcance nacional para mercados relevantes locales. Por lo demás, la adquisición de activos por parte de Cencosud en aquellas comunas donde no tenga presencia, aumentaría la competencia y la presión sobre SMU.

Y en tercer lugar está SMU. Solicita en primer lugar la modificación de la condición primera impuesta por el Tribunal. La base del argumento de SMU es un informe económico acompañado en el proceso según el cual las eficiencias de la fusión serían de un 15,88% y no de un 10%, como estimó el Tribunal. Por lo demás, la resolución del Tribunal estableció un estándar demasiado alto para acreditar las eficiencias, dado que ni siquiera en la ciencia económica se tiene claro cuáles son costos fijos y variables, o de

largo o corto plazo. Por eso es que se debieran tener por acreditadas todas las eficiencias señaladas en la consulta, dado que se basan en estimaciones razonables y verosímiles. También afirma que el Tribunal incurre en errores de hecho consistentes principalmente en no considerar la existencia de locales de la competencia o que estaban en proceso de construcción al momento de la consulta o que se iniciaron con posterioridad a ella, lo que da cuenta de la existencia de competencia en los mercados locales.

También respecto de la condición primera, afirma que la enajenación de los centros de distribución, en tanto medida de mitigación, jamás fue mencionada por alguno de los intervinientes o partes del proceso, por lo que se vulnera la bilateralidad de la audiencia, principio consagrado constitucionalmente como elemento del debido proceso del artículo 19 N° 3 de la Constitución. Además, los centros de distribución de SDS no son de aquellos considerados por los economistas como generadores de eficiencias, sino que se prestan más bien para labores de bodegaje y tránsito de mercaderías que para el desarrollo de una logística centralizada.

Solicita además sobre la condición primera que se amplíe el plazo para enajenar los activos a doce meses, siendo ocho el impuesto por el Tribunal. Esto porque se requiere buscar un actor nuevo en Chile o en el

extranjero dispuesto a adquirir la totalidad de los activos, cuestión que resulta dificultosa.

En segundo lugar, solicita la eliminación de la condición tercera, esto es, aquella que la obliga a enajenar el 40% de participación que tiene en la propiedad de Montserrat S.A., ya que no fue discutida en el proceso, por lo que, nuevamente, se estaría vulnerando el principio de bilateralidad de la audiencia. Por lo demás, dicha cuota de propiedad no tiene incidencia alguna en la fusión y Montserrat tiene una administración totalmente independiente de SMU.

En tercer lugar, pide la modificación de la condición quinta en el sentido de definir como proveedor pequeño a aquel cuyas ventas totales anuales a cualquiera de sus clientes sea inferior a 25.000 UF. La diferencia con lo resuelto por el Tribunal estriba en las ventas totales, respecto a cualquier comprador, en cambio, el Tribunal determinó que las ventas por 25.000 UF debían contarse solo respecto de SMU. A juicio de SMU, lo resuelto por el Tribunal no permite identificar correctamente a un proveedor pequeño, es decir, puede ser que las ventas de ese proveedor respecto de SMU sean bajas, pero tal vez tiene ventas altísimas respecto de otros supermercados.

Finalmente, solicita la modificación de la condición sexta, consistente en la obligación de consulta previa. Señala que es discriminatorio respecto a lo impuesto a Walmart y no es comparable una medida acordada e impuesta en un procedimiento contencioso que la de un procedimiento no contencioso. Considera que basta con informar previamente solo a la FNE.

¿Cómo razonó la Corte respecto a todas estas alegaciones? Comienza aclarando que el Tribunal “posee una competencia amplia que le faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de su actuación el deber de cautelar el bien esencialmente institucional de la libre competencia”⁷⁵. Esta facultad es la potestad consultiva-preventiva, la cual “no tiene por finalidad sancionar un injusto monopolio específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia”⁷⁶, reiterando y afianzando así un concepto ya mencionado en el caso Lan/Tam.

⁷⁵ Corte Suprema. Sentencia Rol 346-2013. 30.09.2013. Cons. 8°. P. 34.

⁷⁶ Ibid. P. 31.

Pues bien, sobre la reclamación de Cencosud, la Corte desarrolla un razonamiento bastante interesante respecto al concepto de Orden Público Económico, concluyendo que el Derecho de la competencia es parte de aquel. En específico, afirma la Corte que “la legislación de la libre competencia, en particular el Decreto Ley N° 211, se erige como una norma perteneciente al orden público económico, (...) por una parte vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado (...) desde otra perspectiva limita el ejercicio de tal derecho, ya que como se ha dejado asentado, el atentado contra la libertad puede provenir no solo del Estado, sino también de particulares que esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el mercado, violentado así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en el que se desenvuelve, sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la nación”⁷⁷. Es decir, la legislación de libre competencia, en tanto elemento del orden público económico, tiene una doble faz: Por un lado es un conjunto de normas habilitantes para el

⁷⁷ Ibid. Cons. 18°. P. 53.

ejercicio de la libertad a desarrollar cualquier actividad económica consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, en tanto debe ser respetado por todos, y por otro lado, es un conjunto de normas limitantes del ejercicio de dicha libertad, pues este no puede ser abusivo al punto de afectar el bienestar general.

Lo interesante del razonamiento de la Corte es que, si el DL 211 es parte de la Constitución económica, entonces toda infracción al Decreto sería inconstitucional. Específicamente, sería una vulneración a la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución. La pregunta que viene entonces es ¿Sería posible presentar un recurso de protección por un acto que sea contrario a la libre competencia? A mi juicio no, pues existe un procedimiento especial y todo un cuerpo legal que regula estas circunstancias de hecho, pero son este tipo de dudas las que genera la constitucionalización del Derecho, o más bien, la vulgarización de la Constitución, y más específicamente todavía, del recurso de protección, por medio del cual se resuelven a veces cuestiones de mera legalidad, todo lo cual además hace irrelevante la legislación.

Por lo demás, es dudoso que el DL 211 sea la ley que regula el derecho a ejercer libremente una actividad económica.

También es problemático que la Corte afirme que, al menos en una de sus facetas, el Decreto Ley 211 proteja el derecho subjetivo a desarrollar actividades económicas, cuya titularidad es individual, porque se entiende que el Derecho de la Libre Competencia tiene un enfoque y protege un bien jurídico de carácter más bien general (pese a que no se tenga total claridad de cuál es), por contraposición, por ejemplo, a la ley de Competencia Desleal, que tutela situaciones particulares. Vale decir, la Corte, al incluir el derecho constitucional mencionado al conjunto de elementos que protege la libre competencia, contribuye a generar más dudas que certezas.

Retomando las alegaciones de Cencosud, la Corte decide rechazarlas. Determina que no se está limitando el ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, pues la imposición de los remedios era absolutamente necesaria, dado que lo que se busca con ello es el ingreso de un cuarto competidor al mercado, lo cual no se puede lograr si los activos son adquiridos por Walmart o Cencosud.

También aclara la Corte que el TDLC no prescinde del mercado relevante al imponer medida de alcance nacional, aunque los mercados eran locales, porque las cadenas con posición dominante tienen cobertura nacional, cuestión que además debe conectarse con la existencia de barreras

de entrada determinadas por la escala mínima eficiente. La Corte no lo menciona, pero también era posible reiterar el argumento del Tribunal en torno a la posibilidad de disciplinar la competencia en un mercado local mediante el castigo en otro en que se tenga posición de dominio.

Tampoco es efectivo que se restrinja su derecho a adquirir toda clase de bienes al excluirle de la posibilidad de adquirir los activos, por la razón antes mencionada, esto es, que se busca la entrada de un cuarto competidor relevante. La situación es distinta, ya que no se impide en lo absoluto a Cencosud la posibilidad de desarrollar proyectos en aquellas comunas en que desea adquirir bienes de SMU.

Veamos ahora cómo resolvió la Corte la reclamación de SMU y primeramente sobre la solicitud de modificación de la condición primera. SMU afirma que debió haberse considerado un porcentaje mayor de eficiencia producto de la fusión (15,88%) al hacer el análisis de presión al alza de precios. Sin embargo, ante ello la Corte señaló que el UPPI es solo uno de los elementos considerados por el Tribunal para establecer los remedios. Por el contrario, el Tribunal hizo un análisis detallado caso a caso para cada comuna. Además, considera la Corte que no es posible reconocer como eficiencias todas las señaladas por la consultante, porque “si bien

derivan de la fusión, son en esencia anticompetitivas, por cuanto su justificación en la mayoría de los casos está determinada por el poder de compra que alcanza la entidad fusionada, quien ejerce de cara a sus proveedores el poder de mercado”⁷⁸. Más aún, considera la Corte que el Tribunal fue “condescendiente”, pues tuvo por acreditado en principio solo un 6,46% de eficiencias.

La Corte también se hace cargo de la alegación de SMU sobre la omisión de antecedentes de hecho relacionados con la existencia de proyectos de supermercados de la competencia en las comunas donde se ordenó desinvertir. Al respecto señala que “No basta la sola proximidad de un proyecto para estimar que este es suficiente para imponer presión competitiva, puesto que los análisis económicos involucran muchos otros aspectos, que no pueden ser determinados en relación a un supermercado en construcción. Este no tiene clientela consolidada, es un proyecto nuevo, que en principio no es capaz de ejercer presión competitiva, al menos no en el porcentaje que ejercen aquellos supermercados existentes a la fecha de la fusión”⁷⁹, dejando en claro así que la sola competencia potencial no es

⁷⁸ Ibid. Cons. 22°. P. 60.

⁷⁹ Ibid. Cons. 24°. P. 62.

suficiente para considerar que no existen riesgos para la libre competencia con la fusión que se analiza.

A continuación la Corte se hace cargo del argumento de SMU según el cual los centros de distribución que se ordenó enajenar no son de aquellos que generan eficiencias y fue una medida no discutida en el proceso, por lo que se vulneraría el principio constitucional de bilateralidad de la audiencia. Afirma la Corte que la enajenación de dichos centros fue mencionada por la propia consultante en su análisis de la fusión y, en todo caso, SDS pudo crecer de forma considerable y sostenida gracias a ellos, por lo que es indudable que su enajenación contribuye a la entrada de un cuarto actor en el mercado. Sobre la eventual vulneración de la bilateralidad de la audiencia, rechaza este argumento la Corte fundada en que “el objeto de la consulta no está dado por las medidas concretas de mitigación solicitadas por uno u otro de los intervinientes, sino por los efectos que tiene la fusión entre SMU y SDS en la libre competencia. Este es el objeto consultado y en él recae el pronunciamiento del TDLC. Respecto de aquel punto la consultante fue debidamente escuchada”⁸⁰ y en que el Tribunal “puede imponer aquellas medidas de mitigación que sean suficientes para

⁸⁰ Ibid. P. 65.

componer la competencia en el mercado relevante, este es su límite y ningún otro. En otras palabras, aquellas medidas propuestas por los intervinientes no restringen la competencia del Tribunal”⁸¹. Es decir, respecto a la imposición de remedios, el Tribunal es plenamente soberano por la ya mencionada facultad preventivo-consultiva, no está limitado por lo que propongan las partes, pudiendo imponer medidas que incluso no hayan sido discutidas en el proceso. Ahora, esto puede resultar problemático porque uno de los principales fines del proceso de consulta es dar certeza, sobre todo, a las partes de la fusión. Sin embargo, con este pronunciamiento la Corte muestra una actitud poco cooperativa con los agentes del mercado. En efecto, una de las cuestiones que se critica al actual procedimiento de control de las operaciones de concentración es la falta de certeza y se ha recomendado una mayor interacción con las partes al momento de imponer medida de mitigación. Así por ejemplo, Nehme y Mordoj, enumerando algunas críticas al actual diseño institucional de operaciones de concentración señalan que “las partes sólo reciben certeza sobre su operación con la decisión del TDLC (o con la de la Corte Suprema cuando se reclama). No se pueden negociar medidas de mitigación vinculantes con

⁸¹ Ibid. P. 66.

la autoridad, como sucede en derecho comparado, lo que incrementa la incertidumbre respecto de los resultados de una decisión de fusión.”⁸²

Por otro lado, también creo que el Tribunal debe tener atribuciones amplias para la imposición de medidas. Es coherente con su calidad de *Policy maker* de las políticas de libre competencia⁸³.

Tal vez una salida para mantener el equilibrio entre ambas consideraciones se encuentre en restringir la competencia de la jurisdicción (TDLC y Corte Suprema) a solo los remedios discutidos por las partes, pero estableciendo una etapa de discusión con la FNE sobre las medidas de mitigación, que sea formal pero flexible. Ahora, como la FNE no participará necesariamente en todo procedimiento de consulta, otra posibilidad es otorgar a las partes la posibilidad de reponer de la resolución del TDLC, con reclamación subsidiaria, u obligando al TDLC a anticipar los remedios que piensa imponer, dando la oportunidad procesal a los

⁸² NEHME, N. y MORDOJ, B. 2012. Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas. Estudios públicos (125). P. 91. La crítica se reitera en las páginas 99-100 y 116-118.

⁸³ Esta es una idea que se encuentra en MONTT O., S. El Tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas”. [En línea] <<http://www.regcom.cl/sitio/assets/files/Informes%20y%20Papers/Documento%20de%20trabajo%201.pdf>> (Consultado el 06.01.2015). A modo de ejemplo, afirma que “desde un punto de vista meramente descriptivo, lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional. Esto no es sino aplicación de una conocida regla en ciencias políticas, conforme a la cual cada vez que se encarga a un tribunal (o a la administración) la aplicación de una norma legal abierta, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio (que pueden ser muchos o pocos). El poder reglamentario reconocido al Tribunal en el artículo 18 No. 3 del DL 211 no es sino una confirmación de que lo aquí se dice” (P. 6-7).

interesados para que expresen sus opiniones al respecto, restringiendo en cualquier caso la competencia de la Corte Suprema a lo discutido en el proceso. Esto último es coherente con el carácter especializado del TDLC. En efecto, es criticable que la Corte Suprema tenga un conocimiento tan amplio de aquellos casos en que se interpone un recurso de reclamación, el cual se asimila a un verdadero recurso de apelación, pudiendo conocer tanto del hecho como del derecho⁸⁴, pues no obstante ser el máximo Tribunal del país, no es especializado en materias de libre competencia. No tiene el conocimiento técnico del TDLC, el que cuenta con dos economistas entre sus jueces.

Continuando con el análisis del caso, luego la Corte rechaza la solicitud de ampliación del plazo para enajenar los activos, pues “es necesario prontamente consolidar los efectos de las medidas de mitigación, sobre todo por cuanto esta consulta no ha sido planteada antes de celebrarse

⁸⁴ Esta afirmación se sustenta en la forma en que ha conocido del recurso de reclamación la Corte Suprema. Lo confirma también que, respecto de la resolución que declara inadmisibile un recurso de reclamación, procede el recurso de hecho, el cual está contemplado para impugnar la resolución que rechaza un recurso de apelación, concede uno improcedente o lo concede de forma incorrecta en cuanto a sus efectos. Véase la sentencia de la Corte Suprema rol 10557-2014, dictada el 10.07.2014. A mayor abundamiento, en dicha sentencia señaló la Corte: “Que en esas circunstancias, la resolución reclamada importa una forma anómala de término de la gestión, pues al amparo del concepto puramente adjetivo de “inadmisibilidad”, lo que hace es calificar la eficacia de la consulta efectuada, de manera que es claro que se está en presencia de una resolución de término, precisamente de aquellas que conforme al artículo 31 del Decreto Ley N° 211 son susceptibles de que su juridicidad sea revisada a través del recurso de reclamación.” (Cons. 9°).

la fusión”⁸⁵. Este último énfasis se puede entender como una especie de castigo de la Corte a las consultantes o, al menos, como una forma de incentivar a los agentes de mercado para que realicen la consulta antes de concretar la fusión.

En segundo lugar, la Corte se hace cargo de la solicitud de eliminación de la condición tercera, la que obliga a SMU a enajenar su participación en Montserrat S.A., lo cual es irrelevante para la fusión que se analiza y vulnera el principio de bilateralidad de la audiencia. Sobre esto último se remite a lo antes dicho. Sobre lo primero la Corte da dos motivos por los que la participación de SMU en Montserrat es relevante y, en consecuencia, corresponde rechazar el argumento: “i.- Porque la conducta de SMU atendida su participación en Supermercados Montserrat va a estar determinada por lo que ésta gana o deja de ganar (...) la estrategia competitiva de SMU S.A. va a estar determinada por lo que la cadena –en la que tiene un 40% de inversión- pueda ganar, ya que en definitiva esta será una ganancia propia. ii.- Porque además su participación no es menor, corresponde a un 40%, y en tales circunstancias en su calidad de accionista está informado de las estrategias competitivas que desarrolla

⁸⁵ Corte Suprema. Sentencia Rol 346-2013. 30.09.2013. P. 66.

Supermercados Montserrat”⁸⁶. Ambas razones aparecen como plenamente válidas.

En tercer lugar, la Corte responde brevemente a la petición de modificación de la condición quinta, donde se impugnó la definición de proveedor pequeño, limitándose a señalar que considera correctamente definido el concepto por parte del TDLC.

Y en cuarto lugar, resuelve la Corte la solicitud de modificación de la condición sexta, esto es, la obligación de consulta previa, la que sería discriminatoria respecto a lo que se impuso a Walmart en su oportunidad. A juicio de la Corte, la medida se justificaría plenamente porque “la conducta propia de la consultante obliga a imponer esta medida, puesto que la consulta solo ha sido presentada una vez materializada la operación de concentración”⁸⁷, señalando que, si bien el procedimiento de consulta es voluntario, “lo cierto es que la presentación posterior es altamente inconveniente, porque siempre existe la posibilidad de rechazar la fusión, cuestión que no sólo conlleva costos para las empresas involucradas, sino que además tiene un elevado costo social”⁸⁸. La enseñanza que se obtiene

⁸⁶ Ibid. P. 68.

⁸⁷ Ibid. P. 71.

⁸⁸ Ibid.

de esto es que la consulta post fusión hace más probable la imposición de la medida de consulta previa de futuras fusiones. Si bien este razonamiento de la Corte puede actuar como incentivo para que los competidores no notifiquen la fusión, ello parece no ser tan problemático dado que nuestros mercados son pequeños, por lo que es difícil que una fusión de envergadura escape de la órbita de la FNE, además de que esta ha ido mejorando con el tiempo sus mecanismos de control mediante la existencia de una unidad especializada en fusiones y la elaboración de guías sobre el tema.

Finalmente, la Corte se hace cargo de la reclamación interpuesta por Joseph Kanou e Inmobiliaria Tres Ríos, en la cual, a diferencia de los otros recursos, se solicitó el rechazo de la fusión. En este punto la Corte recuerda que su tarea consiste en restaurar los niveles de competencia que existían en el escenario anterior a la fusión, por eso es que el análisis consiste en verificar si existen riesgos para la libre competencia en el mercado relevante; Si no existen riesgos, debe aprobar la operación; Si existen riesgos, debe buscar las medidas de mitigación necesarias para compensar esos riesgos, y solo si ello no es posible, debe rechazar la fusión, por lo que esta es una facultad de última ratio. A juicio de la Corte, lo que buscan los reclamantes es justamente que se imprima más competencia en el mercado

y, en todo caso, las medidas de mitigación impuestas por el Tribunal resultan suficientes para compensar los riesgos detectados y contribuir a la entrada de un nuevo competidor al mercado, por lo que resuelve rechazar el recurso.

2.6. Voto de minoría.

El ministro Sergio Muñoz consignó su voto de minoría en el fallo, al cual dedicaré un apartado por parecerme interesante su postura contraria a lo que la doctrina y jurisprudencia generalmente entiende.

Luego de enumerar las que, a su juicio, son las bases del Orden Público Económico chileno, hacer una breve descripción de la evolución de la normativa de libre competencia y realizar algunas definiciones fundamentales sobre el Derecho de la competencia, llega a afirmar que “la integración formal, completa y definitiva de empresas independientes y competidoras en el mismo mercado, al disminuir la competencia, debiera llevar a prohibirle en todo caso, puesto que inevitablemente afectan el mercado y eliminan definitivamente la competencia entre las empresas que se fusionan. Lo anterior deriva de la coherencia entre la prohibición de los

acuerdos temporales entre tales empresas para fijar producciones o precios, por lo que con mayor razón deben prohibirse los acuerdos definitivos que pretenden tratar como una sola empresa lo que antes eran dos”⁸⁹.

En opinión del ministro Muñoz, los criterios para evaluar una operación de concentración son el rubro, autonomía estratégica, competitividad, creatividad, concentración, viabilidad económica, eficiencias e integración vertical de las empresas que se fusionan, así como también las condiciones de entrada, vulnerabilidad de los consumidores y elasticidad de la oferta del mercado.

El punto de partida del análisis del juez Muñoz es exactamente el contrario al de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Para él, “La prohibición per se de las fusiones permite definir las bases de la mirada de quienes analizan las repercusiones en el mercado. De esta forma, quienes se fusionan deben destacar que tales aprehensiones no se producirán, que no se afectará el mercado y que, todo lo contrario, los consumidores serán favorecidos por un mejor servicio, por un mejor producto o/y por un mejor precio (...) La carga de la prueba del beneficio para el mercado queda

⁸⁹ Ibid. Voto de minoría. Cons. 2°. Pp. 81-82.

radicada en quienes se fusionan”⁹⁰. Si bien para el sector predominante las eficiencias de la fusión deben ser acreditadas por la consultante, se parte del supuesto de que las empresas tienen derecho a concentrarse en virtud de su derecho a desarrollar libremente actividades económicas. Sin embargo, para el juez Muñoz pareciera que el punto de partida es contrario, la fusión es en principio contraria a la libre competencia y deben ser las partes las que prueben que no se dañará la competencia en el mercado. En efecto, más adelante señala que “la doctrina es conteste en que la operación de concentración no es, per se, negativa; sin embargo, ello no significa reconocer el efecto contrario, esto es, que sea positiva, pues este efecto tampoco puede presumirse, por lo que deberá acreditarse caso a caso”⁹¹.

Ilustrativo de lo dicho hasta ahora es la definición que da de Concentración horizontal, la que define así: “son aquellas en las que las empresas que se fusionan son competidoras en el mismo mercado. Estas operaciones producen efectos importantes por cuanto conllevan la modificación de la estructura de la industria, puesto que dos competidoras pasan a formar una sola entidad con mayor participación en el mercado. Se aumentan así los índices de concentración, razón por la que se generan

⁹⁰ Ibid. P. 85.

⁹¹ Ibid. P. 88.

riesgos para la libre competencia, pues la entidad resultante ostenta mayor poder de mercado en relación al que tenían cada una de las empresas antes de la operación, cuestión que le podría permitir subir los precios de forma directa o alterando el volumen de la producción; además, se elimina a la competencia de la empresa que absorbe, que antes de la operación imprimía fuerza competitiva; por otro lado, al disminuir el número de competidores se facilita la realización de prácticas anticompetitivas, entre las que está no sólo la colusión expresa para regular precios y producción, sino que la referida a la coordinación tácita de conductas”⁹². Como se observa, en la definición no se hace alusión a ningún elemento deseable que pueda producir la fusión, como por ejemplo, el logro de escalas mínimas eficientes.

Luego de todo este razonamiento general, el ministro Muñoz da la que, a su juicio, debería ser la solución de este caso, la que plantea en forma de preguntas. En primer lugar se pregunta, “¿Provoca la fusión un incremento significativo en la concentración y produce un mercado concentrado? La respuesta en el caso concreto, parece obvia”⁹³, ya que con la desaparición de SDS el 92% del mercado queda repartido en tres grandes

⁹² Ibid. P. 86.

⁹³ Ibid. P 93.

actores, por lo que se aumenta claramente el grado de concentración de un mercado que ya estaba ultraconcentrado.

La segunda pregunta que se hace el ministro es “¿Sería probable que hubiera entradas y que éstas fueran oportunas y suficientes para frustrar la conducta perjudicial para la competencia?”⁹⁴. El ministro considera que la respuesta la dio el mismo TDLC al identificar las variadas barreras de entrada mencionadas más arriba.

En tercer lugar, “¿Es probable el fracaso de cualquiera de las partes, y saldrán sus activo del mercado si no se lleva a cabo la fusión? En este punto, la respuesta igualmente es negativa”⁹⁵, debido a que no se acreditó que la fusión fuera imprescindible para evitar la quiebra de alguna de las empresas, al contrario, ambas mostraban un crecimiento sostenido.

En cuarto lugar, “¿Parece probable que la fusión tenga efectos adversos para la competencia? La respuesta surge clara, en efecto, es el mismo TDLC el que constata los riesgos ciertos que la operación de concentración entraña.”⁹⁶

⁹⁴ Ibid. P. 94.

⁹⁵ Ibid. P. 95.

⁹⁶ Ibid.

En quinto y último lugar, se pregunta el ministro ¿Generará la fusión eficiencias que no pueden razonablemente lograr las partes a través de otros medios?”⁹⁷. La respuesta es que las medidas impuestas por el Tribunal no son suficientes para compensar los riesgos detectados por la operación.

Es en este último punto donde el ministro hace una de sus afirmaciones más polémicas. Al contrario de lo que la doctrina y jurisprudencia generalmente afirman, considera el ministro que “no resulta efectiva la afirmación respecto que no es un objetivo del pronunciamiento del tribunal imprimir competencia en los mercados, sino que sólo velar porque ella se conserve; tal afirmación encierra un sofisma dado que es evidente que velar por la libre competencia implica velar porque se imprima competencia al sector de que se trate. En efecto, la legislación de la libre competencia es una poderosa herramienta que da el legislador para efectos de velar siempre y en todo caso, por que se materialice la misma, con el claro objetivo de beneficiar el interés general de la sociedad, controlando el poder de los grandes conglomerados industriales sin perder de vista el beneficio concreto de los consumidores.”⁹⁸. La cita es polémica (y muy interesante a mi juicio) porque es altamente política. Lo que devela es que,

⁹⁷ Ibid. P. 96.

⁹⁸ Ibid. P. 99.

en definitiva, la afirmación de que “El juzgador no debe estructurar los mercados” no es neutra, sino que es expresión del sistema económico que promulga quien la dice y de la visión que tiene sobre el rol del juez. En este caso, la prohibición de estructurar el mercado es coherente con una economía capitalista altamente liberalizada, pero no es tan obvia en una economía social de mercado e impensada en una centralmente planificada. La decisión del ministro es política porque es su intento de morigerar un sistema económico que parece no compartir, ya que la prohibición de estructurar mercados es totalmente coherente con nuestra economía liberal, mas pareciera no ser ese el sistema que desea el ministro.

La disidencia del ministro Muñoz parece relacionarse también con cuál es el bien jurídico que, a su juicio, protege la legislación de libre competencia. Todo indica que el juez Muñoz considera que se trata de la libre competencia en sí, vale decir, que existan mercados desconcentrados. Para el voto de mayoría pareciera ser la eficiencia o el bienestar de los consumidores, dado que siempre se consideran eficiencias que tengan la aptitud de generar menores precios o productos de mejor calidad.

A mi juicio, la posición del juez Muñoz no es la más apropiada. Me parece que la posición mayoritaria equilibra de mejor manera la balanza en

que, por un lado, se tienen los derechos de los privados, y por otro, el bienestar general. Si se asume que los privados tienen derecho a fusionarse para buscar su propio provecho (cuestión que parece razonable de reconocer), entonces deben aprobarse salvo que el perjuicio que puedan generar sea mayor al beneficio. Creo que el principal problema de la posición del juez Muñoz es que utiliza pocos argumentos económicos, en los cuales se pueden encontrar buenas razones para aprobar una operación de concentración.

2.7. Cumplimiento del fallo.

A mediados del año 2014, la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC por un supuesto incumplimiento de las condiciones primera, segunda n°1 y tercera.

En primer lugar, la condición primera ordenaba completar la enajenación de los activos a más tardar el 8 de junio de 2014. SMU celebró un contrato de compraventa de los activos con la empresa Network Retail Spa el 3 de junio de 2014. Sin embargo, paralelamente celebraron un contrato de administración provisoria conforme al cual SMU seguiría

operando bajo su responsabilidad los activos hasta el 31 de julio de 2014. A juicio de la FNE, esto constituiría un incumplimiento de la condición, pues la enajenación no estaría completa, ya que sigue administrando el negocio.

En segundo lugar, se incumplió la condición segunda porque SMU no equiparó los precios de venta a la localidad más cercana que presentara condiciones de competencia adecuadas.

Y en tercer lugar, se incumplió la condición tercera al no enajenar su participación en Montserrat S.A. Esto último se concretó finalmente en diciembre del 2014, al enajenar los activos a Inversiones Fontibre S.A.⁹⁹.

A la fecha de redacción de este trabajo el requerimiento se encontraba en la fase probatoria, por lo que todavía no se tiene un pronunciamiento definitivo del Tribunal. El incumplimiento de las medidas de mitigación es una materia sobre la cual no se tiene total claridad, por lo que la resolución de este caso será sin duda de gran utilidad.

3. Caso Shell/Terpel.

⁹⁹ Véase <http://www.biobiochile.cl/2014/12/19/smu-transfiere-el-40-de-supermercados-montserrat-a-inversiones-fontibre.shtml>, <http://www.emol.com/noticias/economia/2014/12/19/695409/smu-transfiere-el-40-de-supermercados-monserrat-a-inversiones-fontibre.html> y <http://diario.latercera.com/2014/12/20/01/contenido/negocios/10-180061-9-smu-cumple-con-exigencia-del-tdlc-y-vende-participacion-en-montserrat.shtml>.

3.1. Objeto de la consulta, mercado relevante y principales intervenciones.

El objeto de la consulta es la venta a Quiñenco S.A. de la totalidad de los activos de Terpel Chile, la que a su vez es filial de la sociedad colombiana Organización Terpel S.A. (o Terpel Colombia). Quiñenco participa en el mercado de los combustibles líquidos a través de su filial Enex S.A., la que a su vez opera en los mercados de distribución mayorista y comercialización de combustibles mediante las estaciones de servicio (EDS) de Shell Chile.

En los términos de las marcas conocidas, la operación implicaba la fusión de Shell y Terpel.

Ahora bien, hay que tener presente como antecedente la resolución N° 34/2012 del TDLC. En ella la Compañía de petróleo de Chile Copec S.A. sometió a consulta del Tribunal su participación en la organización Terpel S.A. (Terpel Colombia). La resolución del Tribunal estableció, como medida de mitigación, la obligación de consulta previa de la enajenación que se pretenda hacer de los activos de Terpel Chile a alguna empresa que participe directa o indirectamente en el mercado de refinación o distribución

de combustibles líquidos, o a sus matrices o personas relacionadas. Pues bien, el caso que acá se comenta se inició por esta obligación de consulta previa.

¿Cuál es la importancia de tener en cuenta lo recién dicho? Por lo que señala el Tribunal al comenzar su parte considerativa: “Y si bien la resolución mencionada no prohíbe que los activos tangibles e intangibles de Terpel Chile puedan ser adquiridos por una empresa que participe directa o indirectamente en el mercado de la refinación o de la distribución de combustibles líquidos, este Tribunal no puede sino tener en especial consideración el hecho de que, alternativamente a la absorción de los activos de Terpel Chile por una empresa rival, éstos pueden constituir un vehículo de entrada rápida y eficaz para un nuevo actor que puede imprimir presión competitiva en el mercado, en reemplazo de otro que desaparece. En consecuencia, el escrutinio que ha de hacerse de la operación consultada en autos debe ser muy estricto, de tal forma que habrá de ser condicionada o prohibida por vulnerar lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211, a menos que en los autos existan antecedentes que permitan verificar que dicha operación no genera riesgos para el proceso competitivo en algún mercado relevante o, en caso contrario, (i) que existen

potenciales ganancias de eficiencia que no podrían lograrse por medios distintos y (ii) que éstas, además, podrán trasladarse, con una significativa probabilidad, a los consumidores”¹⁰⁰. Es decir, para esta operación se contempla una estándar de exigencia mayor pues es más grave que se generen problemas de competencia como consecuencia de una medida de mitigación, dado que esta no estaría cumpliendo su fin, cual es, restaurar los niveles de competencia (no empeorarlos).

En cuanto al mercado relevante, hay que distinguir cuatro mercados: Industrial, minorista, transporte y almacenamiento. El Tribunal se refiere principalmente a los dos primeros. En el sector industrial define como mercado relevante todo el territorio nacional. El sector minorista o de distribución por estaciones de servicio lo analiza por comunas o a un nivel más bien local, pues si bien los consumidores podrían viajar kilómetros en busca de otra EDS, el costo de búsqueda hace que no parezca muy razonable dicha hipótesis.

Las consultantes fueron Organización Terpel Chile S.A. y Quiñenco S.A. Ambas coincidieron en líneas generales en sus argumentos. Señalaron a grandes rasgos que, en el mercado industrial, la entidad fusionada

¹⁰⁰ TDLC. Resolución 39/2012. 26.04.2012. Párrafos 7.1.12 y 7.1.14.

permitirá competir de forma eficaz contra Copec y, en el sector minorista, tampoco se generarán problemas de competencia por tratarse de un mercado transparente, altamente competitivo, sometido a alta fiscalización y sin barreras de entrada y salida considerables. No existen riesgos unilaterales porque existe un actor dominante con el 60% de participación en el mercado, que es Copec. La operación generaría como eficiencias la optimización de la red logística de distribución, de almacenamiento y transporte, el uso más eficiente de los recursos destinados al marketing, la incorporación de sistema más avanzados de comercialización y permitiría alcanzar una escala mínima eficiente para realizar importaciones de productos refinados.

Por su parte, la FNE intervino señalando que la operación podía generar efectos importantes en el mercado dado los altos índices de concentración y barreras de entrada que presenta. Por eso solicita como medidas de mitigación que Quiñenco se desprenda de las EDS que generen mayor volumen de ventas en San Bernardo, José de la Mariquina, Illapel, Pucón, Valdivia, Concón y Rancagua, además de otorgar opciones a terceros que requieran capacidad de almacenamiento respecto a las plantas de Maipú, Linares, Quintero y Coronel.

Identifica barreras de entrada para la instalación de terminales marítimos, que requieren alta habilidad técnica, una concesión marítima y cumplir con exigencias medioambientales; para la instalación de plantas de almacenamiento, como consecuencia de las exigencias de planos reguladores regionales y comunales, además de la normativa medioambiental; y para la instalación de EDS, nuevamente producto de los planos reguladores que limitan o impiden su construcción. Identifica también riesgos de coordinación entre los competidores, cuyos elementos facilitadores serían el bajo número de ellos, la homogeneidad del producto, las barreras de entrada, la frecuente interacción entre los competidores y el fácil monitoreo de precios. En el mercado industrial, la variación del HHI sería significativa, pero no habría riesgos unilaterales por la existencia de un actor dominante y el fuerte contrapeso que ejercen los clientes industriales.

3.2. Riesgos para la libre competencia.

Sobre los riesgos unilaterales, el Tribunal señala simplemente que estos “corresponden a los incentivos que tiene cada participante del

mercado a subir los precios por la menor presión competitiva existente, al salir un competidor relevante del mismo”¹⁰¹.

Sobre los riesgos coordinados el Tribunal se extiende más. Señala que, en general, en un mercado oligopólico, la sola fusión incrementa el riesgo de acciones coordinadas entre los competidores, el cual no se refiere solo a la posibilidad de colusión, sino que también a la interdependencia de sus decisiones comerciales, sin mediar acuerdo entre ellos.

El hecho de que hayan menos competidores también hace menos costoso llegar a un acuerdo, el monitoreo de dicho acuerdo se facilita y es más costoso su incumplimiento, ya que, “al ser mayor la proporción del mercado que cada firma tiene, la pérdida de utilidades una vez deshecho el acuerdo se incrementa”¹⁰².

En cuanto a la facilidad para monitorear los precios, en este mercado se señala la homogeneidad del producto vendido, la publicación de precios mediante columnas en las EDS (“tótems”), páginas webs especializadas (v. gr. www.bencinaenlinea.cl) y aplicaciones para teléfonos móviles.

La homogeneidad del producto es relevante para estos efectos, esto es, la mantención de un acuerdo colusorio, “puesto que bajo tales

¹⁰¹ Ibid. Párrafo 9.1.

¹⁰² Ibid. Párrafo 9.4.

circunstancias es más factible la ejecución de un castigo a una firma que se desvíe del acuerdo, a través de una baja en los precios que disminuya sus ventas. En caso de tener productos diferenciados, tal castigo tiene un límite en la demanda cautiva de la firma que se desvía”¹⁰³. O sea, el castigo se materializa solo mediante los precios, siendo irrelevante la consideración de otras variables, por eso es más simple.

Contribuye también al riesgo de coordinación el carácter inelástico de la demanda. En efecto, los consumidores necesitan de los combustibles para la realización de diversas actividades y no tienen sustitutos cercanos en un plazo razonable, por lo que el alza de precios puede ser una estrategia racional para aumentar las ganancias.

Fundamental resulta el hecho de que los dos principales actores, Copec y Shell, participan en la sociedad de almacenamiento Comap, por lo que mantienen relaciones cercanas y les otorga una muy buena plataforma para coludirse, ya que gracias a ella, “por un lado, pueden limitar la oferta reduciendo la inversión en expansiones de la capacidad y, por otra parte, pueden monitorear mutuamente la cantidad que se almacena en cada estanque y el volúmen (sic) de combustible que está comercializando el otro

¹⁰³ Ibid. Párrafo 9.6.

actor”¹⁰⁴. Por esta razón es que el Tribunal desestima la idea de que la entidad fusionada sería un competidor eficiente para hacer frente a la dominancia de Copec. Por el contrario, a juicio del Tribunal, “al desaparecer un competidor relevante en el mercado, como lo es Terpel, se estima que se reducirá la intensidad de la competencia en el mismo, lo que no se espera que suceda si no se verifica la operación consultada. En efecto, en este último caso, es razonable pensar que Shell, con su nueva estructura de propiedad, con conocimiento del mercado chileno y con contactos y relaciones en diversos sectores industriales, tendrá incentivos y espaldas financieras suficientes para crecer orgánicamente en el mediano plazo, debiendo atraer a clientes y a distribuidores minoristas con mejores precios y condiciones, incrementando así el grado de competencia en los mercados estudiados.”¹⁰⁵

En cuanto a las barreras de entrada, la que más preocupa al Tribunal es la limitación impuesta por los planos reguladores en el segmento minorista, ya que impiden la entrada de competidores potenciales, contribuyendo a la creación de riesgos coordinados.

¹⁰⁴ Ibid. Párrafo 9.12.

¹⁰⁵ Ibid. Párrafo 9.14.

3.3. Eficiencias.

Antes de entrar al fondo del análisis de eficiencias, el Tribunal recuerda que para sean consideradas contrapeso de los riesgos detectados, deben ser “verificables, inherentes a la operación consultada, esto es, que no puedan alcanzarse –dentro de un plazo razonable- mediante otro tipo de operaciones que no impliquen la concentración del mercado y, por último, que no sea el resultado de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos (...) deben redundar, con una probabilidad y en un plazo razonables, en menores precios a consumidor o mejor calidad de los productos”¹⁰⁶.

Más adelante el Tribunal se hace parte del debate de la doctrina económica en que se discute si se debe priorizar el excedente del consumidor por sobre el del productor. El Tribunal se desmarca de ambas posturas y señala que su misión es analizar los efectos que tiene la fusión en la competencia y no en el bienestar social. Para ello, lo que importa es determinar si la fusión derivará en una disminución de los precios, para lo cual es especialmente relevante la baja en los costos marginales. Esto lo

¹⁰⁶ Ibid. Párrafo 10.2.

explica de manera bastante clara en el siguiente párrafo: “Así, este Tribunal considera que el centro de la preocupación de la autoridad de competencia a la hora de evaluar una operación de concentración no radica en maximizar el bienestar social como objetivo, ya que si se pusiera el acento en tal finalidad, se correría el riesgo de que autoridades de competencia intervengan en materias que la ley no le ha encomendado. Así ocurriría, por ejemplo, si se aprobara una operación de concentración que aumenta fuertemente los precios al consumidor -de, por ejemplo, los combustibles fósiles- justificado en que se considerara socialmente beneficioso que se reduzca su consumo y así se limite la contaminación atmosférica. En otras palabras, el objetivo central de este Tribunal es el de evaluar los efectos en los precios de una concentración empresarial, por lo que debe darse más relevancia a aquellas eficiencias que induzcan a una reducción de precios que compense los efectos anticompetitivos de la misma.”¹⁰⁷

Ahora, entrando al análisis de las eficiencias alegadas, el Tribunal desestima la eventual disminución en gastos de publicidad porque no disminuye los costos marginales para producir bienes que son parte del giro de ambas empresas.

¹⁰⁷ Ibid. Párrafo 10.10.

Las consultantes también señalaron que se lograría una escala suficiente para importar combustible refinado, dejando de depender de Enap, cuyos precios son mayores al costo de importación. Este menor costo generaría una reducción de los costos marginales, sin embargo, a juicio del Tribunal, no es una eficiencia inherente a la fusión. Las partes sostienen que con la fusión podrían importar entre un 10% y un 15% de las necesidades de la industria (sin explicar por qué no podría ser el 100%, si el costo es menor), de manera que se podría importar un embarque mensualmente. Sin embargo, tanto el volumen de ventas de Shell como el de Terpel, por separado, justificarían la importación de más de dos embarques mensuales.

Se mencionó por parte de la empresa dueña de Shell que se ahorrarían costos de almacenaje, sin embargo, el Tribunal señaló que no resulta verosímil “que no exista un costo alternativo para Shell de la utilización de la capacidad de almacenaje, toda vez que dicha compañía podría arrendar su exceso de tal capacidad a terceros a algún precio”¹⁰⁸.

También se sostuvo en la consulta que Shell necesitaba de una red más densa de EDS para competir más eficientemente, sobre todo en carreteras. No obstante, para el Tribunal, ello no es correcto, toda vez que

¹⁰⁸ Ibid. Párrafo 10.30.

Shell ya contaba con un número suficiente de EDS y no se entiende por qué no podría aumentar su red por sí misma, ya que las barreras de entrada mencionadas (planos reguladores) correspondían al sector urbano, no al de carreteras.

El Tribunal también desestima un eventual ahorro en costos de oficina, pues las nuevas dependencias también implicarían un gasto, por lo que no existe ahorro alguno.

A mayor abundamiento, el Tribunal señala finalmente que cualquier otra eventual eficiencia no es suficiente para contrarrestar los riesgos detectados para la libre competencia. Por eso es que decide rechazar la operación de concentración.

3.4. Voto de minoría.

La Decisión final fue tomada con el voto en contra de los ministros Tomás Menchaca y Julio Peña.

Los ministros dan cuenta de un hecho anotado más arriba, cual es, que el Tribunal utilizó un estándar mucho más estricto para evaluar la operación de concentración. Más aún, señalan que “la decisión de mayoría

sólo pudo llegar a la conclusión a que arriba pues partió de una especie de presunción de que toda operación de concentración en este mercado en general sería negativa, y que por ende, ante ausencia de prueba muy contundente sobre sus efectos positivos, debería rechazarse, con lo que estos disidentes no concuerdan (...) porque i) La regla general en nuestro derecho es la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad, garantías constitucionales que no pueden ser limitadas gravemente únicamente por temores que no estén fundados en antecedentes concretos, graves y precisos; ii) por lo mismo, el hecho extraordinario y excepcional - que una determinada operación de concentración es contraria a la libre competencia- es aquello de lo que este Tribunal debe formarse convicción (obviamente de en base a un análisis conjetural propio de todo análisis sobre posibles efectos futuros de una operación de concentración); y iii) porque sostener lo contrario implica exigir la prueba de hechos negativos”¹⁰⁹.

Sobre este último punto señalan más adelante que “de aceptarse ese tipo de estándar [para acreditar las eficiencias], se requeriría exigir también uno equivalente para acreditar los riesgos anticompetitivos involucrados, lo

¹⁰⁹ Ibid. Cons. 3°.

que evidentemente perjudicaría la operatividad y práctica de la institucionalidad de control preventivo de operaciones de concentración, que necesariamente debe basarse en un análisis conjetural sobre eficiencias y riesgos”¹¹⁰. Esta afirmación es interesante porque no es obvio que las eficiencias deban tener el mismo estándar de acreditación que los riesgos. En efecto, depende de cómo se entienda la finalidad del derecho de la competencia y, en función de ello, de cuál sea el punto de partida que tenga el juez para analizar la operación de concentración. Santiago Montt, en uno de sus trabajos citados acá, hace un paralelo entre el Derecho penal y el Derecho de la competencia, explicando que el primero prioriza no cometer errores del tipo I antes que errores del tipo II (prefiere dejar libre a un culpable antes que condenar a un inocente), ¿Cuál sería la prioridad del Derecho de la competencia? La respuesta que da el autor es la siguiente: “Esto no sería un problema si es que no existiera un trade-off entre el nivel aceptable de errores tipo I y el nivel aceptable de errores tipo II. A un mismo tamaño muestral (o a un cierto nivel de prueba en el expediente), mientras más estricto el nivel de tolerancia respecto a los errores tipo I, más errores tipo II se cometerán y viceversa. Esto nos recuerda que el

¹¹⁰ Ibid. Cons. 21°.

garantismo penal viene dado a un costo. Ese costo estamos dispuestos a pagarlo tratándose de penas corporales, pero no necesariamente en el caso del derecho administrativo sancionador o de derechos infraccionales como el DL 211 que cumplen un rol regulador (o no, al menos, en el mismo grado)”¹¹¹. Pues bien, dependerá de la prioridad que tenga el Derecho de la competencia la respuesta a si una operación de concentración debe considerarse en principio contraria a la libre competencia, salvo que se acrediten eficiencias suficientes (como hizo el voto de mayoría en este caso o el voto de minoría del juez Muñoz en el caso anteriormente analizado), o viceversa. Esto demuestra que definir la finalidad que tiene el análisis de operaciones de concentración es una pregunta que puede sonar lo suficientemente abstracta como para ser inútil, pero que sin embargo tiene consecuencias prácticas fundamentales. En general la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema parece ser clara en el sentido de que las operaciones de concentración son en principio aceptadas, salvo que los riesgos sean demasiado altos, cambiando el punto de partida por circunstancias muy particulares, como ocurrió en este caso. La

¹¹¹ MONTT, S. [En línea] Op. Cit. P. 10.

circunstancia que cambia la perspectiva es el hecho de que se trata de una consulta que se gatilla como consecuencia de otra medida de mitigación.

Entonces, esta suerte de presunción de que las operaciones de concentración son ilegales es una opinión que no comparten los disidentes porque la salida de un rival en un mercado oligopólico no necesariamente acarreará siempre problemas de competencia. Así, citan los ministros el modelo de Salop, conforme al cual “ante la existencia de firmas que tengan distintos niveles de costos para competir con sus rivales más cercanos, la salida de un rival con mayor costo en una determinada área de rivalidad, y su posterior reemplazo por una empresa ya existente en esa vecindad pero que logra alcanzar un menor costo gracias a la absorción de la firma que sale, puede perfectamente resultar en un nuevo equilibrio de mercado en el que las empresas que permanecen terminan compitiendo entre sí de forma más intensa que antes; y ello por cuanto la salida del rival menos competitivo no sólo permite que al menos una de las firmas en el mercado se vuelva más competitiva, sino porque además las localizaciones de las empresas se vuelven más cercanas unas de las otras, transformándolas en rivales con mayor capacidad para desafiarse entre sí”¹¹². Esto es, en el

¹¹² Ibid. Cons. 6°.

fondo, lo que habían señalado las consultantes al afirmar que Shell pasaría a ser un competidor más eficiente para Copec. En efecto, más adelante señalan expresamente que “la compra de Terpel Chile por Enx no sólo trae aparejada eficiencias que aconsejarían aprobarla sino que, además, permitiría crear una entidad competitiva viable que podría competir eficazmente con Copec en el corto plazo, que era el objetivo declarado en la Resolución N° 34/2011”¹¹³. Esto fundado en el hecho de que “en los últimos 34 años no se ha producido ningún crecimiento orgánico importante de las empresas distintas a Copec y más aún, que lo que ha ocurrido es lo contrario. Así, de las 3 empresas que existían en el mercado en 1978, Copec aumentó su participación de mercado de 50% a 59,1% en 2011; Shell bajó de 20% a 13,1% y Esso, antecesora de Petrobras, bajó de 30% a 11,9%”¹¹⁴.

El parecer de los disidentes es que la decisión de mayoría se remite a objetar los argumentos de las partes de forma no convincente. Es más, no se hizo cargo de dos hechos fundamentales, a saber, se trata de un mercado en que existe un competidor claramente dominante que ha podido crecer orgánicamente en los últimos años y, como contrapartida, ningún otro competidor ha podido lograr ese tipo de crecimiento.

¹¹³ Ibid. Cons. 16°.

¹¹⁴ Ibid. Cons. 18°.

Sobre los riesgos coordinados que detectó la decisión mayoritaria, señalaron los disidentes que “no existe antecedente alguno en autos que permita presumir que Copec tendría alguna intención de coludirse con Shell-Terpel, lo que además implicaría la colusión de empresas cuyos dueños compiten en diversos mercados. En efecto, dicho riesgo de colusión es parecido al que existe en muchos otros mercados concentrados y existiría aun sin la operación consultada. Sin embargo ese sólo riesgo de que alguien pueda actuar al margen de la ley, que siempre existe, a juicio de estos disidentes justifica claramente la acción sancionatoria de este Tribunal si ese ilícito se produce, pero no puede permitir, por sí sólo y sin antecedente alguno adicional, prohibir una operación de concentración como la de autos”¹¹⁵. Nótese que el concepto que utilizan para calificar el riesgo es que exista “intención de coludirse”. Esto a mi juicio no es del todo preciso, pues no deben ser las intenciones lo que debe analizar el Tribunal, sino circunstancias objetivas que den cuenta de la posibilidad de coludirse.

Luego se refieren los disidentes a la distinción que hizo la decisión de mayoría en relación a que el elemento central en el análisis de fusiones debe ser la reducción de precios y no los excedentes del consumidor o el

¹¹⁵ Ibid. Cons. 12°.

productor. Los ministros consideran que ello es una falsa dicotomía porque “aun si se tiene el centro de atención en los efectos sobre los precios del intercambio (o en mejoras en las calidades y variedades de servicio o producto), tal foco siempre tendrá un correlato directo e ineludible con efectos sobre los excedentes del intercambio económico, excedentes que es esperable que en parte beneficien a productores y también a consumidores (...) Esto último importa precisamente porque la posible apropiación de excedentes en beneficio del productor constituye un incentivo fundamental en la forma como ese productor pueda luego decidir cómo competir con sus rivales. Es evidente que los “efectos sobre los precios” que deben interesar al analizar una operación de fusión no pueden ni deben restringirse sólo a dichos efectos en el muy corto plazo”¹¹⁶.

En relación al argumento de la decisión mayoritaria de que los costos fijos no son relevantes para determinar el precio, si bien los disidentes estiman que no tienen el mismo grado de importancia, tampoco deben descartarse del todo. Así, “Por ejemplo, si existen expectativas de ahorros en gastos fijos de publicidad, y al menos parte de esos ahorros son de naturaleza “evitable”, en el sentido que no ocurrirían si no se realiza una

¹¹⁶ Ibid. Cons. 29°.

fusión que permitiría alcanzar una mayor escala de operación, entonces esos gastos en publicidad serán ahora “incrementales” o “evitables” en relación a la decisión de llevar a cabo la fusión y competir para lograr una mayor escala de operación (...) por lo anterior, en tanto sea razonable anticipar que ocurrirán ahorros en costos fijos que son de naturaleza evitable, según se lleve a cabo o no la operación de concentración, el principio general de decisión comercial antes descrito no puede sino llevar a concluir que tales ahorros en costos “fijos” sí tienen aptitud para influir en decisiones específicas de cómo competir”¹¹⁷.

Finalmente, el voto de minoría se hace cargo de las eficiencias alegadas por las consultantes. Sobre la posibilidad de importar más combustible, el voto de minoría utiliza, en el fondo, el mismo argumento del de mayoría. Dice: “si la opción de viabilizar importaciones mediante crecimiento orgánico independiente de actuales empresas en el mercado fuese verosímil, concreta y probable, entonces es muy difícil explicar por qué esas mismas empresas no han utilizado en los últimos años la opción de importar en una escala relevante combustible diesel”¹¹⁸.

¹¹⁷ Ibid. Cons. 33°-34°

¹¹⁸ Ibid. Cons. 37°.

En cuanto a los ahorros en gastos de publicidad señala que la doctrina económica los entiende en general como costos fijos. Sin embargo, es posible sustentar una estrategia de crecimiento con la publicidad como elemento central. Afirman los ministros que “es razonable y verosímil anticipar que aquellas empresas que logren expandir en forma relevante su escala de ventas alcanzarán una mejor posición para competir mediante inversiones en valor de marca, por cuanto la mayor masa de clientes les permitirá amortizar en forma más eficiente (alcanzando menores costos promedio por unidad de venta) los gastos fijos en publicidad (...) Al respecto, no debe extrañar que sea precisamente Copec la empresa que represente, y por lejos, el mayor porcentaje en el gasto total anual en publicidad del conjunto de empresas mayoristas en la distribución de combustibles líquidos en Chile”¹¹⁹.

3.5. Corte Suprema.

¹¹⁹ Ibid. Cons. 42°.

Como era de esperarse, la resolución del Tribunal fue objeto de impugnación. Las empresas Terpel Chile S.A., Quiñenco S.A., Enx S.A. y Petróleos Trasandinos presentaron recursos de reclamación.

En términos generales, los argumentos de las reclamantes fueron coincidentes entre sí y constituyeron en buena medida una reiteración de lo dicho en primera instancia. Alegaron que la resolución impugnada constituye un quiebre en la jurisprudencia del TDLC, lo que atenta contra la certeza jurídica que este debe brindar en sus pronunciamientos; Que se vulneran los numerales 21, 22, 23, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución, sobre todo y de forma más clara el primero, cuya limitación debe ser interpretada de forma restrictiva e implementada como ultima ratio; Que esta suerte de presunción de ilegalidad de la fusión atenta contra el sistema de libertad de emprendimiento y propiedad privada en que se basa nuestro sistema jurídico-económico, además de tener como consecuencia la obligación de probar hechos negativos; Que la operación no fue cuestionada por ninguna de las partes ni intervinientes en el proceso; Que no se entiende por qué el Tribunal impone la obligación de consulta previa si ya había decidido no permitir fusiones en el mercado; Que el estándar de acreditación de las eficiencias fue mucho más exigente que el

de los riesgos; Que el crecimiento orgánico de las empresas no es posible por las barreras de entrada que el mismo Tribunal detectó y la posición dominante de Copec; Y que el hecho de que Shell y Copec compartan estanques de almacenamiento es una conducta lícita, a partir de la cual no se puede presumir un ánimo de ilicitud, y que además es necesaria para la existencia de competencia eficaz.

Pues bien, la Corte, ya habiendo iniciado su razonamiento, reitera una idea mencionada en los casos antes analizados, a saber, la de la potestad consultiva-preventiva del TDLC. Sobre ella vuelve a señalar que “no tiene por finalidad sancionar un injusto monopolístico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso. La potestad consultiva busca prevenir o evitar la comisión de un injusto monopolístico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados,

o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”¹²⁰.

Como se ha visto, la discusión que subyace en el fondo de este caso es si las operaciones de concentración deben ser en principio rechazadas o si, por el contrario, son en principio lícitas. El punto de partida que se adopte cambia el resultado final. Al respecto la Corte señala que “las operaciones de concentración horizontal no pueden ser catalogadas como contrarias a la libre competencia per se, sin antecedentes precisos que así lo demuestren. Por el contrario, sólo se pueden prohibir cuando existan antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración determinada producirá efectos contrarios a la libre competencia”¹²¹.

Continuando con su razonamiento, señala la Corte que no puede considerarse que la competitividad del mercado disminuya como producto de la fusión, pues con ella se formaría una entidad que tendría una participación menor a la mitad de la cuota de mercado de Copec, concluyendo que “De manera que al no encontrarse acreditado de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión será la

¹²⁰ Corte Suprema. Sentencia rol 3993-2012. 02.01.2013. Cons. 11°.

¹²¹ Ibid. Cons. 13°.

coordinación futura de empresas que operan en el mercado de la distribución de los combustibles, y no estando facultado el tribunal para hacer un juicio ex ante, porque como se ha señalado involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse, y al estar en esta instancia cumpliendo con la función consultiva, no corresponde que el tribunal ejerza en ésta su potestad sancionatoria, extraña a un procedimiento no contencioso como el conocido, toda vez que no existe conducta que por esta vía deba ser reprimida.”¹²². De los casos analizados hasta ahora, este es el primer límite que se ha visto la Corte imponga al Tribunal en el ejercicio de su potestad consultiva-preventiva.

Luego la Corte comete una impropiedad, pues afirma que “conforme a lo que se ha expuesto, habiendo sido descartado que la operación de concentración horizontal consultada pudiere ser contraria a las normas que regulan la libre competencia, necesario resulta entonces analizar si la misma presenta beneficios para el mercado de la distribución de combustibles”¹²³. Esto es, al menos, una imprecisión porque la conformidad con las normas de libre competencia es una cuestión que se determina precisamente después de haber analizado todos los riesgos y eficiencias del caso.

¹²² Ibid. Cons. 19°.

¹²³ Ibid. Cons. 22°.

Seguramente los jueces, cuando hablaron de “habiendo sido descartado que la operación de concentración horizontal consultada pudiere ser contraria a las normas que regulan la libre competencia”, se referían a que las operaciones de concentración deben ser en principio aprobadas, que es lo que se ha venido comentando hasta ahora.

A continuación la Corte analiza las eficiencias alegadas y los riesgos de la operación y determina las medidas de mitigación necesarias.

Para dar por acreditadas las eficiencias la Corte se basa fundamentalmente en el informe evacuado por la FNE en el proceso. Como se verá, las condiciones que impone la Corte para aprobar la fusión son las mismas que solicitó la Fiscalía. Esto es muestra de una cierta deferencia de experto.

Concretamente sobre las eficiencias, señala la Corte que “la fusión podría permitir a la compradora alcanzar volúmenes mínimos eficientes para lograr así la realización de la importación directa de combustibles por vía marítima, lo que conlleva una colocación del producto de manera más rápida en el mercado interno y minimiza los riesgos que se asocian a la variación interna de los precios del combustible”¹²⁴.

¹²⁴ Ibid. Cons. 25°.

Luego afirma la Corte que la entidad fusionada no requiere más capacidad de almacenamiento, pues cuenta con capacidad suficiente para absorber la demanda de Terpel. Esto tiene la externalidad positiva de aumentar la capacidad de almacenamiento de otros actores del mercado al terminar los contratos de arrendamiento de Terpel.

Considera la Corte que también es factible que la entidad fusionada pueda importar una cantidad mayor de combustible.

En conclusión, determinó la Corte que la fusión podía otorgar a la entidad fusionada una mayor competitividad.

Ahora, sobre los riesgos, en lo fundamental afirma la Corte que “si bien el mercado de los combustibles es oligopólico ello no es impedimento para la entrada de nuevos competidores, en particular de aquellos que revisten la calidad de distribuidores minoristas y que realizan en estaciones de servicio su actividad central. En efecto, es la propia Fiscalía Nacional Económica quien trata el impacto de la fusión a nivel de las denominadas estaciones blancas -estaciones de servicio independientes- por cuanto sus gastos en posicionamiento de marca y administración son ostensiblemente más bajos que los de las grandes cadenas de combustible, y porque su competitividad se asocia a que ENAP no discrimina en la venta de

combustibles, de modo tal que el mayor poder de compra de las grandes empresas no es un obstáculo o un desincentivo para competir de forma independiente”¹²⁵. O sea, la Corte no detecta mayores riesgos como consecuencia de la operación. Lamentablemente la Corte olvidó hacerse cargo de la principal barrera de entrada que detectó la decisión mayoritaria del Tribunal, a saber, las limitaciones que imponen los planos reguladores comunales y regionales.

En función de lo dicho, es que decide aprobar la operación de concentración pero sujeta a dos condiciones. Estas son: “a) En primer término se debe efectuar la desinversión de estaciones de servicio en todas aquellas comunas en que operan tanto Enx como Terpel y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaborada por la Fiscalía Nacional Económica. Tal desinversión deberá ser realizada mediante una licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada.

¹²⁵ Ibid. 31°.

b) Además, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.”¹²⁶ Estas fueron exactamente las medidas de mitigación solicitadas por la FNE para aprobar la operación.

4. Caso Chile Films/Cine Hoyts.¹²⁷

La particularidad de este caso radica en que fue el primero, y único hasta ahora, en que se controló una operación de concentración en un procedimiento contencioso.

La causa terminó por una conciliación que fue aprobada por el Tribunal, en consecuencia, no se tiene una sentencia que analice exhaustivamente los riesgos y eficiencias de la fusión. Sin embargo, de todas formas es la única aproximación que se tiene de un control de

¹²⁶ Ibid. Cons. 33°.

¹²⁷ Causa rol 240-12, seguida ante el TDLC.

concentración por medio de un procedimiento contencioso y por eso es que se incluye en el análisis.

El requerimiento fue presentado por la FNE el 27 de junio de 2012 en contra de Hoyts Cinema Chile, Hoyts Southamerica, Chile Films e Inversiones IVM Spa por los actos que dieron origen a la integración de los cines Hoyts y Cinemundo.

Los remedios o medidas de mitigación que acordaron las partes y, en consecuencia, se entiende que puede aplicar el TDLC en un procedimiento contencioso, son:

1. Chile Films deberá desinvertir cualquiera de los complejos que tiene en la comuna de Estación Central.
2. El complejo deberá ser enajenado una unidad económica y en condiciones de ser usado por el tercero adquirente.
3. El adquirente deberá ser un operador de cines que resulte competitivo para el grupo Chile Films.
4. La venta se realizará por medio de licitación privada dirigida por un banco de inversión o institución similar que sea independiente al enajenante.

5. La licitación deberá comenzar dentro de 30 días desde que sea aprobado el acuerdo conciliatorio, y la desinversión deberá completarse dentro de 9 meses desde que se inicie la licitación. O sea, se tiene como plazo máximo diez meses.

6. Chile Films deberá seguir operando los cines que puedan ser enajenados tal y como lo venía haciendo, debiendo realizar todos los gastos que sean necesarios.

7. Chile Films y el tercero que organice la licitación deberán informar a la FNE del estado del proceso hasta que se materialice, pudiendo en todo caso la FNE solicitar información.

8. Chile Films también deberá desinvertir el complejo que tiene en Valparaíso, siempre que se construya el complejo de cines del proyecto Mall Plaza Muelle Barón, en las mismas condiciones antes mencionadas, con la salvedad de que deberá completarse la enajenación dentro de 3 meses desde la apertura del cine del Mall Plaza Muelle Barón.

5. Caso Nestlé/Pfizer.¹²⁸

¹²⁸ Causa rol AE 07-13, seguida ante el TDLC.

Este caso es interesante porque fue resuelto mediante la aprobación de un acuerdo extrajudicial suscrito entre la FNE y las partes, en conformidad a la facultad que le confiere el artículo 39 letra ñ) a la Fiscalía. Si bien la discusión central de este caso giró en torno a si era posible aprobar una operación de concentración por este medio, también resulta interesante desde el punto de vista de los remedios porque fueron altamente gravosos para Pfizer, lo cual permite concluir que tampoco existen mayores límites a la imposición de remedios en esta sede.

La operación consistió en la compra de Pfizer Inc. por parte de Nestlé S.A., por medio de un acuerdo de compra de acciones y activos. La fusión se materializó a nivel global, implicando en Chile la adquisición de Nestlé Chile S.A. por parte de Pfizer Chile S.A., la cual representaba menos del 0,1% de la operación global. La fusión estaba condicionada en aquellas jurisdicciones nacionales en que se encontrara pendiente una investigación o autorización por parte de la autoridad de competencia, como ocurrió en Chile, por lo que la operación no alcanzó a materializarse en nuestro país.

El giro de Nestlé es la comercialización y venta de productos alimenticios, entre los cuales se encuentran las fórmulas lácteas infantiles (FLI). Por su parte, Pfizer se involucra principalmente en la producción,

comercialización y venta de productos farmacéuticos. Por eso es que el mercado relevante serían justamente los FLI, aunque su determinación en este caso no es importante dadas las medidas de mitigación que se acordaron.

En agosto de 2012 la FNE comienza una investigación en la que detecta fundamentalmente dos fundamentales:

(i) El nivel de concentración en el mercado sería demasiado alto. En efecto, Nestlé pasaría a tener aproximadamente un 80% de cuota del mercado. Asimismo, el índice HHI y su variación en comparación al escenario pre fusión sería muy elevado. El índice sería casi de 7.000, mientras que la variación superaría los 2.800.

(ii) Detecta tres barreras de entradas, cuales son: Por tratarse de fórmulas infantiles suministradas a niños de entre 0 a 3 años, los padres basan sus decisiones en las recomendaciones de los especialistas. En consecuencia, para entrar al mercado se requieren inversiones de dinero y tiempo a largo plazo para ganar la aprobación de los especialistas; De acuerdo al código de la Organización mundial de la salud, la publicidad para los sustitutos de la leche materna está prohibida para niños entre 0 y 6 meses, y para niños

entre 6 meses y un año se encuentra fuertemente limitada; Y existe lealtad a las marcas que ya están en el mercado.

Por estos riesgos es que se señala expresamente que los compromisos a contraer tendrán por objetivos asegurar la existencia de un competidor viable, efectivo, independiente y para el largo plazo en el mercado relevante señalado y con ello la competencia en él.

Como se señaló, el impacto de la operación nacional en la operación global es mínimo, por eso que Nestlé decidió comprometerse a desinvertir todos los activos que podría adquirir de Pfizer. Concretamente, Nestlé se obliga, por una parte, a:

- (i) Licenciar todas las marcas de nutrición infantil de Pfizer que se comercializan en Chile a un competidor viable, efectivo, autónomo, independiente y de largo plazo, por un período de 10 años, luego del cual Nestlé se compromete a no reintroducir las marcas por un tiempo de otros 10 años;
- (ii) Licenciar al comprador la licencia exclusiva para usar por un período de 5 años las marcas Wyeth usadas en Chile;

- (iii) Transferir o licenciar al adquirente todos los activos , personal, derechos y otros contratos o acuerdos para que pueda operar de forma viable y competitiva;
- (iv) Informar a la FNE periódicamente sobre el procedimiento de cesión, además de facilitar el monitoreo de la Fiscalía;
- (v) Mantener el negocio cedido separado de Nestlé Chile mientras se encuentre pendiente la cesión;
- (vi) Elegir y designar un auditor independiente que informe constantemente a la FNE del cumplimiento de los compromisos.

Por su parte, Pfizer se compromete a:

- (i) Operar el negocio como lo venía haciendo;
- (ii) Supervisar a los trabajadores empleados en Chile y esforzarse por mantener sus empleos;
- (iii) Manejar el negocio cedido con independencia de Nestlé; y
- (iv) No interferir ni perjudicar al auditor independiente.

El acuerdo en un primer momento fue rechazado en voto dividido porque consideró el voto de mayoría que una operación de concentración no podía ser aprobada mediante un acuerdo extrajudicial. Sin embargo, luego de haber presentado la FNE y Nestlé recursos de reposición, el acuerdo fue

finalmente aprobado por el Tribunal. En su razonamiento indicó que “en el caso de autos este Tribunal aprobará el acuerdo atendida la circunstancia de que la solución propuesta en el mismo importaría, en los hechos, que prácticamente no aumente la concentración en el mercado local de fórmulas lácteas infantiles porque se establecen las condiciones para permitir el ingreso de un nuevo operador a este mercado, en reemplazo de Pfizer”¹²⁹. Como se observa, los remedios tuvieron por consecuencia práctica que Nestlé no adquirió los activos de Pfizer en Chile. Es decir, se trata de los remedios más gravosos que se pueden imponer al “aprobar” una operación de concentración.

6. Conclusiones parciales.

1. En el análisis de las operaciones de concentración deben ponderarse, por un lado, el ejercicio del derecho constitucional a realizar libremente una actividad económica y, por otro lado, la competencia en los mercados, que genera bienestar general. Ante ello, la solución que ha dado la jurisprudencia, en concordancia con la doctrina, es establecer un orden de

¹²⁹ TDLC, Rol AE 07-13. 18.04.2013.

prelación: (i) En principio, la operación debe ser aprobada, (ii) pero si se observa que existen riesgos para la libre competencia, y las eficiencias que genera la operación no son suficientes para compensar esos riesgos, deben establecerse medidas de mitigación, (iii) y solo si no es posible compensar los riesgos que genera la operación con las eficiencias que ofrece y las medidas de mitigación propuestas, debe rechazarse.

2. Los remedios no son un juicio de reproche o sanciones jurisdiccionales, sino que constituyen regulación administrativa. La razón fundamental es que una fusión no es un ilícito, sino el ejercicio del derecho constitucional a realizar libremente una actividad económica.

3. El TDLC cuenta con la potestad consultiva-preventiva, la cual le otorga amplias facultades para imponer las medidas de mitigación que estime pertinentes con tal de cumplir la finalidad de cautelar la libre competencia en los mercados, con el único límite de no imponer medidas que constituyan un reproche. La razón de que esta potestad sea tan amplia es de carácter práctico: No es posible establecer a priori un catálogo taxativo de

remedios que compensen los riesgos que cada operación de concentración vaya a generar.

4. Las medidas de mitigación que se impongan solo deben buscar reestablecer los niveles de competencia anteriores a la fusión. En consecuencia, no pueden buscar estructurar el mercado.

5. En función de la amplitud de facultades que le otorga la potestad consultiva-preventiva, el TDLC no está restringido por los remedios que proponen las partes, pudiendo imponer aquellos que provengan de su propia iniciativa, incluso aunque no hayan sido mencionados en el proceso. Esto no vulnera el principio constitucional de bilateralidad de la audiencia porque el objeto de la consulta es la operación de concentración, no las medidas de mitigación. En función de la misma potestad, también puede imponer remedios a terceros que no son parte del proceso.

6. La aplicación de medidas de mitigación depende del balance que se haga entre eficiencias y remedios. Solo si estos últimos son mayores a las

primeras, se imponen remedios. Por eso es importante tener cierta claridad conceptual respecto de cada uno de estos conceptos.

En primer lugar, los requisitos para tener por acreditada una eficiencia son: (i) Haber sido suficientemente acreditada su probabilidad de ocurrencia, en plazos razonables, por los interesados en la materialización de la operación; (ii) Ser inherentes a la operación de concentración consultada, esto es, que no puedan ser alcanzadas por medios menos gravosos para la libre competencia que una fusión, en consecuencia, normalmente las eficiencias serán el resultado de una mejora en la función de producción conjunta de las dos empresas y no exclusivamente de la mayor escala de operación; (iii) No provenir de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado mediante la operación de la fusión; Y (iv) redundar, al menos en parte y con probabilidad y plazo razonables, en menores precios para los consumidores o en una mejora en la calidad de los productos o servicios ofrecidos

Para la evaluación de eficiencias se consideran fundamentalmente los costos marginales de las empresas. En menor medida se consideran los ahorros en costos fijos.

En segundo lugar, sobre los riesgos, estos son fundamentalmente de dos tipos. Los riesgos de coordinación se han definido como aquellos que generan un aumento en la probabilidad de que los competidores coordinen sus acciones para alcanzar un mayor poder de mercado, sin que se requiera necesariamente un acuerdo expreso o tácito.

Los riesgos unilaterales son los incentivos que tiene cada participante del mercado a subir los precios por la menor presión competitiva existente, al salir un competidor relevante del mismo.

El criterio para considerarlos es la razonabilidad, como ocurre con todo ejercicio de prospección.

Y en tercer lugar, para ser impuestas, las medidas de mitigación deben ser: (i) Proporcionales, esto es, responder de manera equitativa y razonable a los riesgos que pretenden enervar; (ii) Materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (iii) Eficaces, en cuanto su aplicación debe implicar un verdadero contrapeso o contención respecto de los riesgos detectados; y, (iv) Susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo”.

7. El punto de partida de que las operaciones de concentración deben ser aprobadas, salvo que se prueben riesgos excesivos en contrario, podría

cambiar bajo circunstancias muy específicas. Por ejemplo, que se trate de una consulta que derive de una medida de mitigación. Sería grave que una medida de mitigación genere más problemas de competencia pues no estaría cumpliendo su fin, cual es, reestablecer los niveles de competencia.

En todo caso, sobre este punto no se tiene total certeza.

8. En general, la jurisprudencia se encuentra en consonancia con lo afirmado por la doctrina, descrito en el marco teórico de este trabajo. Así por ejemplo, ha reconocido la distinción entre remedios estructurales y conductuales, prefiriendo los estructurales por las ventajas que presenta, y en los remedios de desinversión ordenó que el tercero adquirente de los activos pudiera ser un competidor viable e independiente del enajenante.

9. Si bien nuestro sistema de control de operaciones de concentración es voluntario, la jurisprudencia ha “castigado” a las empresas que han efectuado la consulta luego de realizada la fusión mediante, por ejemplo, no conceder más tiempo para efectuar una desinversión o estableciendo la obligación de consulta previa de fusiones futuras.

10. Si bien los casos son pocos, hasta ahora es posible concluir que es irrelevante el procedimiento por el cual se apruebe la fusión en lo que dice relación con la imposición de remedios. Sea cual fuere el procedimiento, las medidas pueden ser igualmente gravosas. En ese sentido, parece ser que la potestad preventiva-consultiva no la ejerce el TDLC únicamente en los procedimientos no contenciosos.

11. En la jurisprudencia reciente se han impuesto lo más variados tipos de remedios, siendo el predilecto la obligación de desinvertir activos. Resultaría tedioso volver a enumerar nuevamente todos los remedios que ya han sido mencionados, por eso considero que será más útil la siguiente tabla:

Remedio	Caso	LAN/TAM	SMU/SDS	Shell/Terpel	Hoyts/ChileFilms	Nestlé/Pfizer
Desinversión de activos		X	X	X	X	X
Auditor independiente		X				X
Obligación de celebrar contratos o acuerdos		X		X		
Prohibición de celebrar actos o contratos		X				
Obligación de operación transitoria		X	X		X	X
Condiciones generales de contratación		X	X			
Prohibición de aumentar la oferta		X				
Obligación de consulta previa			X			
Obligación de informar a la FNE		X	X		X	X

Respecto a la obligación de desinvertir, siempre se estableció como un remedio para la mantención en el mercado de un competidor viable e independiente del enajenante. En cuanto a los plazos para la desinversión,

nunca fueron menores de 6 meses (Shell/Terpel). En este tipo de remedios debe considerarse la obligación de otorgar licencias, como hizo Nestlé en su caso.

También cabe consignar que se establecieron remedios no clasificables en la tabla recién mencionada. Por ejemplo, Pfizer se comprometió a hacer esfuerzos para mantener el empleo de sus trabajadores.

IV. Remedios en abuso de posición dominante.

En esta materia la doctrina es prácticamente inexistente. El foco en sede de abuso de posición dominante ha estado puesto más bien en los requisitos para dar por acreditado un abuso de posición dominante o en las sanciones impuestas.

Como se dijo antes, los remedios son distintos de las sanciones. Estas últimas se imponen como un castigo o reproche por una conducta ilícita. En cambio, los remedios se imponen para precaver el riesgo que puede conllevar el realizar una operación de concentración, la cual obviamente no es ilícita.

A continuación se analizarán algunos casos de abuso de posición dominante en que, además de sanciones, se han impuesto medidas de mitigación. Lo que interesa dilucidar son las diferencias que hay entre los remedios impuestos en el control de operaciones de concentración y los que se imponen en casos de abusos de posición dominante, si es que las hay, así como también las diferencias entre las sanciones y las medidas de mitigación o remedios.

1. FNE/EDELMAG.

En octubre de 2007 la FNE presentó demanda en contra de la Empresa Electricidad de Magallanes S.A. (Edelmag) por abusar de su condición de proveedor monopólico del servicio de electricidad en Puerto Williams al incrementar injustificadamente las tarifas.

El monopolio fue adquirido el año 2002 por la empresa mediante una licitación pública que culminó en la celebración de un contrato de concesión suscrito entre la empresa y el Gobierno Regional. En él se señala la fórmula para determinar la tarifa, la que considera el precio del petróleo puesto en la planta generadora de Puerto Williams, el dólar observado, el IPC, entre otros parámetros.

Según la FNE, a partir de enero de 2005 comienza a incrementarse las tarifas. Las variaciones irían desde un 16% en enero de 2005 a un 27% en enero de 2007, con lo que Edelmag habría recibido cerca de \$192 millones por el alza de tarifas.

La situación, a juicio de la FNE, se vería agravada por la imposibilidad de la entrada de un nuevo competidor y por la inelasticidad de la demanda en este mercado.

La defensa de Edelmag se basó principalmente en alegar que el aumento de las tarifas era necesaria para recuperar el costo del impuesto específico al diésel, el cual no consideró al momento de la licitación. De otro modo se hacía insostenible trabajar bajo esa estructura de costos.

Señala además que su conducta no ha sido abusiva porque no ha obtenido rentas superiores a las que habría obtenido de estar sujeta a regulación de tarifas, no se afectó la competencia en la licitación del 2002 y la calidad del servicio se ha mejorado. En todo caso, esto sería una materia contractual que debe ser conocida por los tribunales ordinarios.

Al analizar los datos aportados en el proceso, el Tribunal distingue entre el alza de tarifas hecha a clientes comerciales, industriales y Armada, en alta tensión (AT2) y los clientes comerciales e instituciones públicas y alumbrado público, de baja tensión (BT2). Respecto de los primeros el alza de precios habría podido cumplir la finalidad que señaló la demandada. Pero respecto del segundo grupo de clientes, la tarifa “fue incrementada en montos superiores a los que habrían correspondido por el solo traspaso a precio final del impuesto específico al petróleo diésel”¹³⁰.

¹³⁰ TDLC. Sentencia N° 73/08, Rol C 147-07. 20.08.2008. Cons. 12°.

Dicho eso, el Tribunal afirma luego que “teniendo en cuenta que el régimen de recuperación del impuesto específico al diesel para la zona de Puerto Williams no ha sido modificado desde el año 1986, éste debió ser conocido por la requerida al momento de presentar su oferta en la licitación por el sistema eléctrico de dicha localidad en el año 2002. Ello permite descartar su defensa basada en que, hasta fines del año 2004, consideró que recuperaría el impuesto específico, y que sólo en esa fecha confirmó que no era posible, pues su propio error o negligencia no puede eximirla del deber de no abusar de la posición monopólica en que se encuentra”¹³¹.

Luego el Tribunal se hace cargo de los argumentos de la demandada. Afirma en primer lugar que el hecho de no haber obtenido las rentas en situación de regulación tarifaria no la exime de responsabilidad. La licitación no le garantizaba una rentabilidad determinada, ni tampoco que se cubrirían sus costos efectivos, por lo que estos eran riesgos inherentes al negocio. En segundo lugar, es irrelevante que la licitación haya sido competitiva el año 2002, ya que lo que se le imputa es una conducta abusiva con posterioridad a esa fecha. Y en tercer lugar, la mejora en el servicio no

¹³¹ Ibid. Cons. 18°.

es más que una obligación del concesionario, que solo se apreciaron a partir del 2006, por lo que tampoco la exime de responsabilidad.

Por lo señalado es que el tribunal declara que Edelmag incurrió en un abuso de posición dominante, condenándola a pagar una multa de 400 UTA. El único remedio que se impone es el cese inmediato de la conducta sancionada.

Si bien se impone solo un remedio y, por cierto, esperable para el caso, el Tribunal señaló en un considerando que “respecto de lo solicitado por la Fiscalía en cuanto a que este Tribunal corrija los cobros injustificados efectuados por EDELMAG, ajustándolos según los establecido en las bases, cabe señalar que, atendidos los términos en que la FNE ha formulado este petitorio –de los cuales no es posible deducir si lo que se pide es que EDELMAG restituya retroactivamente el exceso cobrado injustificadamente o si, por el contrario, que desde ahora en adelante se deje de cobrar dicho exceso, o ambas circunstancias-, sólo cabe a este Tribunal imponer a la requerida el cese de la conducta a partir de la fecha de la presente sentencia.”. Es decir, el Tribunal pudo haber impuesto un remedio más gravoso, pero no pudo porque la petición de una de las partes fue mal planteada. Este considerando pareciera dar cuenta de que, tratándose de los

remedios impuestos en sede de abuso de posición dominante, rige el principio de pasividad y no el de oficialidad.

En efecto, se dijo que en las operaciones de concentración la finalidad de los remedios era restaurar los niveles de competencias existentes antes de la fusión. En este caso, el equivalente habría sido justamente que la empresa devolviera lo cobrado en exceso, sin embargo, el Tribunal se decide por la opción más conservadora.

La sentencia fue objeto de impugnación por parte de la demandada¹³². En su recurso de reclamación sostuvo, en primer lugar, que el Tribunal interpretó el contrato, extralimitándose en sus facultades. En segundo lugar, que no es la existencia del contrato lo que puede determinar un abuso de posición dominante. En tercer lugar, que no hubo un verdadero análisis de abuso de posición dominante, es decir, no se analizó si se cumplía con todos los requisitos para su determinación. Y en cuarto lugar, si bien no es lo determinante, Edelmag considera que no ha incumplido el contrato. Afirma también que la multa es improcedente pues su actuar no fue deliberado ni negligente.

¹³² Dio origen a la causa Rol 5505-2008, seguida ante la Corte Suprema. La sentencia fue dictada el 26 de noviembre de 2008.

La Corte Suprema, contrariamente a lo sostenido en la reclamación, considera que el fallo impugnado no se dedica a determinar la existencia de un incumplimiento contractual, sino que a establecer si el alza de precios se justifica en razones de mercado.

A juicio de la Corte, la única alegación plausible sería aquella que impugna la metodología del Tribunal al concluir que cobró precios excesivos para el segmento de clientes BT2. Sin embargo, también desecha el argumento pues el Tribunal arribó a esa conclusión gracias a la información acompañado por la demandada y no cuestionada por ella

La única solicitud a que accede la Corte es a rebajar la multa prudencialmente a 300 UTA por considerar que el TDLC no tuvo en cuenta todos los parámetros objetivos y subjetivos que establece la ley.

2. ATREX/SCL-AMB.

En Octubre de 2006 la Asociación Gremial de Transporte Expreso Internacional (Atrex), en conjunto con una serie de empresas *courier*, interpusieron demanda en contra del SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. Sociedad Concesionaria (SCL) del Aeropuerto Internacional de Santiago

Arturo Merino Benítez (AMB) por haber fijado precios abusivos y discriminatorios, abusando así del monopolio en la operación del aeropuerto y las barreras de entrada que lo protegen.

En el proceso de privatización de la operación del aeropuerto AMB, la concesión fue otorgada al consorcio SCL. Luego SCL celebró un contrato de subconcesión con Atrex, en donde se daba expresamente a esta última la facultad de subarrendar y distribuir los espacios del Complejo Aduanero Courier, que es un edificio parte del Aeropuerto. Al terminar este Contrato en 2001, según relata Atrex, SCL comenzó a exigir condiciones más onerosas en cuanto a precio y espacio, producto de lo cual se celebró un nuevo contrato en que se cobraba por kilo transportado, la que, a juicio de Atrex, sería equivalente a una tarifa basada en función de las ventas. Lo relevante de esto es que, a juicio de la demandante, esta es una modalidad no considerada en las Bases de Licitación y es abusiva. En efecto, habría incrementado los ingresos de SCL por subconcesión en un 350%, sin haber mejoras en disponibilidad de espacio para las empresas Courier que agrupa Atrex. Esta modalidad de tarifa sería discriminatorio respecto a Correos de Chile, quien tiene condiciones tarifarias distintas.

En su contestación, SCL afirmó que el sistema tarifario utilizado representa un cobro inferior al máximo establecido en las Bases de Licitación si se aplicara efectivamente un porcentaje sobre las ventas netas de las empresas courier, lo que demuestra la aplicación de criterios racionales, justos y objetivos. Señala también que ha hecho esfuerzos para ampliar los espacios de operación de las empresas Courier, pero no existen terrenos disponibles ni voluntad por parte de las demandantes de asumir el costo de inversión. Además, las bases de licitación fueron revisadas por la Comisión Preventiva Central, la que no detectó riesgos para la competencia.

El Tribunal definió como mercado relevante “el conjunto de terrenos e instalaciones ubicados dentro del Aeropuerto que, cumpliendo con las especificaciones normativas técnicas aplicables, son o pueden ser arrendados o subconcesionados a empresas Courier”¹³³.

A juicio del TDLC, “la ausencia de terrenos que sirvan como sustitutos válidos entrega a SCL una posición dominante en su relación con los operadores *courier*, dado que los terrenos e instalaciones dentro del área de concesión del aeropuerto AMB representan una instalación esencial para

¹³³ TDLC, Sentencia N° 75/2008, causa rol 113-06, 30.09.2008. Cons. 35°.

las empresas *Courier*”¹³⁴. Asimismo, el Tribunal determina que el mecanismo de cobro que utilizaba la concesionaria no estaba contemplado en las bases de licitación, por lo que concluye que “dada la posición de dominio que SCL detenta en su relación con las empresas subconcesionarias de servicios *courier*, tal transgresión además representa un ilícito contra la libre competencia, fruto del ejercicio abusivo de una posición de dominio de mercado”¹³⁵.

También establece el Tribunal que, en base al mérito de los hechos, SCL efectivamente incurrió en una discriminación arbitraria con las demandantes en comparación a otras empresas, pues se les aplicó una tarifa distinta estando en las mismas condiciones.

Luego señala que se encuentra probada la existencia de un terreno de 14.000 metros cuadrados, en consecuencia, SCL abusó de su posición de dominio al impedir la expansión de la superficie a disposición de las subconcesionarias.

Por lo señalado es que el Tribunal resuelve, en lo que interesa a este trabajo, imponer una multa de 1.800 UTA y declarar: Que SCL sólo puede cobrar a las empresas *courier* de acuerdo a lo permitido en las Bases de

¹³⁴ Ibid. Cons. 37°.

¹³⁵ Ibid. Cons. 43°.

Licitación, lo que equivale a imponer el remedio de cesar en la conducta ilícita; Y que SCL debe entregar en arrendamiento a las demandantes y a las empresas *courier* que se lo requieran, un terreno dentro del Aeropuerto Arturo Merino Benítez que sea apto para la operación de servicios del Terminal de Carga a fin de que éstas, conjunta o separadamente, construyan las instalaciones que permitan su adecuada operación¹³⁶.

La Corte Suprema confirmó el fallo del Tribunal¹³⁷.

3. Constructora Independencia y FNE/Empresas Sanitarias.

3.1. Intervenciones principales.

En Octubre de 2005, la Constructora e Inmobiliaria Independencia Ltda. presentó demanda en contra de Aguas Nuevo Sur Maule S.A. (ANSM).

Explica la demandante que para el desarrollo de su giro en la VII región necesita de los servicios de alcantarillado y agua potable, cuya concesión está en poder de ANSM. Afirma que la concesionaria recibe un aporte financiero reembolsable por anticipado para realizar inversiones en

¹³⁶ Ibid. Resuelvo 6°.

¹³⁷ Corte Suprema, Sentencia rol 6545-2008. 28.01.2009.

infraestructura, cuya devolución se realiza mediante un pagaré. A su vez, este pagaré lo puede recomprar ANSM con un 35% de descuento, por lo que solo reembolsa el 65% del aporte. La Constructora considera que este sistema distorsiona las decisiones de la concesionaria, quien se ve incentivada a sobreinvertir pues no asume todos los costos.

Ante la escasez de terrenos para la construcción de viviendas sociales, la Constructora ha debido operar en terrenos fuera del área de concesión de ANSM, cuyos servicios sanitarios no se encuentran regulados. Ante esto, ANSM habría abusado de su posición monopólica como prestadora de servicios sanitarios en la zona, realizando cobros por conexión en promedio 240% superiores en las zonas no concesionadas.

Al mismo tiempo, indica que es prácticamente imposible que entre un nuevo competidor en el mercado. ANSM es la prestadora monopólica de servicios sanitarios en la VII región.

En la contestación de la demanda, ANSM adujo que la Constructora es la mayor operadora de la región, por lo que se encuentran en un pie de igualdad. La causa sería en realidad una mera disputa comercial entre ambas empresas que no tiene que ver la libre competencia.

Explica que, conforme a la ley, en las zonas concesionadas existe un sistema regulado de tarifa máxima, mientras que en las zonas no concesionadas existe un régimen de libertad tarifaria.

Argumenta también que el sistema de reembolso se aplica solamente en las zonas concesionadas y tienen por finalidad financiar infraestructuras que es de cargo del prestador. En las zonas no concesionadas se puede solicitar financiamiento, pero no es obligatorio el reembolso. A juicio de la demandada, este sistema es justo y equitativo, pues así los costos son de cargo del urbanizador.

Nota también la demandada que, fuera de la zona concesionada, el actor dominante en otorgamiento de factibilidad a inmobiliarias no es ANSM, la que tiene una participación en el mercado de un 28%, sino que los comités y cooperativas de aguas potable rural (APR). Los otros prestadores de servicios sanitarios en las zonas no concesionadas son las empresas de servicios sanitarios (ESS) y los servicios particulares que se registran ante la Autoridad sanitaria (Servicios particulares).

Más aún, en las zonas no concesionadas existe un mercado competitivo y desafiante, pues no existen derechos exclusivos y

excluyentes. El único requisito para ingresar al mercado es la aprobación de la Autoridad sanitaria.

Afirma finalmente que, según sus datos, no es efectivo que haya cobrado montos tan superiores a los señalados por la demandante.

Paralelamente, en septiembre de 2006, la FNE presentó requerimiento en contra de las empresas sanitarias Essal S.A., Essbio S.A., Aguas Andinas S.A. y ANSM, el cual se acumuló a la causa descrita.

La Fiscalía acusó a las empresas de abuso de posición dominante al cobrar precios excesivos de forma sistemática a las empresas inmobiliarias que requerían sus servicios en zonas tanto urbanas como rurales, cercanas a la respectiva concesión, además de abusar del sistema de Aporte financiero reembolsable (AFR), descrito a propósito del caso al que se acumuló esta causa.

Afirma que si bien en 2005 existían 52 empresas sanitarias en Chile, lo cierto es que existe en cada región una empresa que concentra la participación de mercado de la población abastecida de agua potable y alcantarillado. Además, estas empresas suelen integrar verticalmente las etapas del proceso de prestación del servicio.

Señala también respecto de las Cooperativas de agua potable rural (APR), que estas son entidades sin fines de lucro que no tienen por finalidad ni la capacidad para atender nuevos proyectos.

La principal barrera de entrada que detecta la Fiscalía es la capacidad de las Sanitarias de generar economías de escala. Asimismo, los espacios no concesionados son marginales, por lo que en ellos no se pueden generar economías de escala.

3.2. Razonamiento del Tribunal.

En primer lugar, el Tribunal define el mercado relevante como el de “provisión de servicios sanitarios de calidad suficiente para cumplir con las normas de urbanización de un proyecto inmobiliario”¹³⁸.

Geográficamente, el mercado queda determinado por la ubicación de cada proyecto inmobiliario. En las zonas concesionadas, el servicio solo puede ser prestado por la empresa de servicio sanitario concesionaria. Si se trata de un área rural, el servicio puede ser prestado por una empresa de servicios sanitarios, soluciones particulares o por cooperativas de agua

¹³⁸ TDLC, sentencia N° 85/2009, causa rol 79-05. 02.07.2009. Cons. 70°.

potable rural. Si se trata de un área urbana no concesionada, entonces debe solicitarse la ampliación de la concesión respectiva.

En cuanto a las barreras de entrada, el Tribunal termina por concluir que, fuera del área de concesión, las empresas sanitarias enfrentan barreras de entrada importantes, pues “a medida que aumenta la distancia respecto del T.O. [Territorio Operacional], se comienzan a ver compensados los ahorros por economías de escala y de ámbito, a causa del aumento de los costos de transporte en los que debe incurrir la empresa sanitaria incumbente para ofrecer sus servicios”¹³⁹.

Luego, realiza el análisis de la posición de dominio. Ahí descarta que las cooperativas de agua potable rural constituyan un sustituto al servicio que prestan las empresas sanitarias, dado que en general carecen de la infraestructura necesaria para expandir sus servicios de áreas alejadas o para prestarlos en áreas urbanas. Concluye que las empresas sanitarias sí tiene una posición de dominio porque los proyectos inmobiliarios “son colindantes con sus respectivas áreas de concesión o con otros proyectos ya

¹³⁹ Ibid. Cons. 81°.

abastecidos por dichas empresas donde, como se ha acreditado, éstas cuentan con significativas economías de escala”¹⁴⁰.

Después el Tribunal analiza derechamente la ilicitud de las conductas imputadas. Para ello, señala que los cobros que se imputaron como excesivos se refieren esencialmente a tres factores: (i) el denominado “factor nuevo consumo” en el caso de ANSM y ESSBIO; (ii) a cargos excesivos por “morosidad e incobrabilidad”, respecto de todas las requeridas; y, (iii) el uso de una tasa de descuento injustificadamente alta, en los casos de Aguas Andinas, ANSM y ESSBIO¹⁴¹.

El primer elemento se refiere al porcentaje de consumidores que migran a proyectos inmobiliarios fuera de la zona operacional de la empresa sanitaria y que en principio eran usuarios del servicio. Según las empresas sanitarias, este sería un costo de inversión adicional que debe ser asumido por las constructoras. El tribunal estima que se trata de un cobro injustificado porque la inversión adicional que debe realizarse es nula, dado que hay simplemente un desplazamiento de la capacidad que se usaba dentro de la zona operacional hacia afuera. Cualquier otro costo, como

¹⁴⁰ Ibid. Cons. 87°.

¹⁴¹ Ibid. Cons. 92°.

extensión y redes de distribución, es siempre asumido por la constructora, por lo que no corresponde este doble cobro.

En cuanto al segundo parámetro, esto es, cargos por morosidad e incobrabilidad, considera el Tribunal que “este parámetro sólo podría justificar diferencias de cobros en el caso que las tasas de incobrabilidad y morosidad fuera del territorio operacional fueran mayores a las estimadas dentro de éste en el correspondiente proceso de tarificación. En ese caso, sólo debería cobrarse a la empresa constructora la diferencia entre ambas tasas de morosidad y de incobrabilidad. Por el contrario, si la ESS incluye este parámetro en su evaluación de proyecto en los loteos fuera de la TO y además cobra a los consumidores finales la tarifa resultante de la regulación tarifaria, estaría, al menos en parte, cobrando más de una vez por el mismo concepto o fuente de costo”¹⁴². Estos cobros finalmente el Tribunal decide no considerarlo abusivos por falta de prueba por parte de la FNE, sin perjuicios de las medidas correctivas que estime necesaria para evitar el uso de parámetros injustificados.

Y en cuanto al tercer parámetro, a saber, el cobro de tasas de descuentos excesivamente altas, el Tribunal también determina no

¹⁴² Ibid. Cons. 107°.

considerarlo abusivos por falta de prueba, sin perjuicio de tomar medidas correctivas.

Luego se hace cargo el Tribunal de la demanda de Constructora Independencia en contra de ANSM. Para determinar la ilicitud de la conducta de la empresa sanitaria, considera como punto de partida que “si en un proyecto determinado el cobro que ANSM efectuó a Constructora Independencia es superior a los costos no cubiertos por las tarifas a usuarios, entonces la diferencia entre éstos no tiene otra justificación que el abuso de su posición dominante”¹⁴³. A partir de la prueba rendida en la causa, determina que se hizo un cobro injustificado de 23.410 UF, por lo que decide acoger la demanda de la Constructora.

A continuación el Tribunal se hace cargo de otras peticiones hechas por la demandante y requirente en los procesos, sobre las cuales no se hará análisis por no ser de relevancia para este trabajo. Sin embargo, conviene rescatar a modo de muestra la siguiente cita del Tribunal a propósito del ejercicio abusivo del sistema AFR: “en suma, lo anterior constituiría, a juicio de este Tribunal, un ejercicio abusivo de la facultad que la LTSS otorga a las ESS. Sin embargo, ni la demandante ni la FNE han solicitado

¹⁴³Ibid. Cons. 127°.

sanciones respecto de esta conducta, sino que sólo se han referido a los supuestos abusos en la recompra de pagarés emitidos por las ESS requeridas, por lo que únicamente se recomendará a la SISS fiscalizar apropiadamente las condiciones en que son emitidos los pagarés por reembolso de AFR, y se ordenará a las requeridas ofrecer a los urbanizadores otra alternativa de reembolso real y previamente definida, a fin de que no se vean forzados a aceptar estos títulos de deuda”¹⁴⁴. Nuevamente se observa que el Tribunal se abstiene de tomar medidas más gravosas que las solicitadas por las partes, no obstante la amplitud con que se encuentra redactado el artículo 3° del DL 211.

Finalmente, en cuanto a las sanciones, el Tribunal reitera que los criterios para su determinación son tres: “(i) el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción; (ii) la gravedad de la conducta; y, (iii) la calidad de reincidente del infractor”¹⁴⁵.

En definitiva, el Tribunal resuelve, en lo que interesa, (i) acoger la demanda de la Constructora Independencia, declarando que ANSM incurrió en abuso de posición dominante, por lo que se le condena a pagar una multa de 1.338 UTA, con costas; (ii) acoger el requerimiento de la FNE,

¹⁴⁴ Ibid. Cons. 176°.

¹⁴⁵ Ibid. Cons. 187°.

condenando a ANSM y ESSBIO a pagar una multa de 1.254 UTA y 2.347 UTA respectivamente, por utilizar el parámetro de cobro “nuevo de consumo”; (iii) Ordenar a estas mismas empresas “modificar sus modelos de evaluación para la prestación de servicios sanitarios fuera de sus áreas de concesión, estableciendo en su reemplazo uno basado en parámetros explícitos que sean objetivos, transparentes y no discriminatorios, que deberá ser de libre acceso público y mantenerse publicado en sus respectivas páginas web”¹⁴⁶; y (iv) Imponer a las requeridas “la obligación de presentar al urbanizador al menos una alternativa de reembolso real, determinada y distinta de los pagarés, al momento de ofrecerle los mecanismos de reembolso de sus aportes financieros establecidos en el artículo 14 del D.F.L 70, Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. Asimismo, se recomienda a la Superintendencia de Servicios Sanitarios fiscalizar apropiadamente las condiciones en que son emitidos los pagarés por reembolso de AFR”¹⁴⁷. Esto último a propósito del abuso del sistema AFR.

4. OPS/Telefónica.

¹⁴⁶ Ibid. Resuelvo 7.b.

¹⁴⁷ Ibid. Resuelvo 8.

4.1. Intervenciones principales.

En abril de 2007, la empresa OPS ingeniería Ltda. interpuso demanda en contra de Telefónicas móviles de Chile S.A. por conductas contrarias a la libre competencia.

Explica la demandante que ella se dedica a realizar el servicio de conversión de llamadas de red fija a celular. La finalidad es ahorrar costos de red, ya que la llamada que se hace desde la red fija al celular es más cara que de celular a celular. Del mismo modo, las llamadas *off-net* (llamada entre celulares de distinta red móvil) son más caras que las llamadas *on-net* (llamadas entre celulares de la misma red móvil). En este último caso, no es necesario pagar cargo de acceso, en la llamada *off-net* sí.

El prestador del servicio de conversión, en este caso la demandante, debe contratar planes de minutos con todos los operadores de telefonía móvil del mercado, dado que sus clientes buscan que sus llamadas se realicen *on-net*.

Según el relato de la demandante, las partes celebraron un contrato de suministro telefónico (Contrato I), que contemplaba una tarifa de \$65 por minuto a celulares de la misma compañía y una tarifa de \$116 para móviles

de otra, con un cargo fijo de \$3.900 y descuentos según el nivel de facturación. Luego en Octubre de 2008, se celebró un contrato similar con Bellsouth (Contrato II), en el que las tarifas eran de \$69 *on-net* y \$110 *off-net*, también con un cargo fijo y descuento según el nivel de tráfico de OPS. En noviembre de 2004, el contrato I fue modificado, reduciendo la tarifa a \$35 más IVA por minuto a móviles que no fueran de Telefónica.

Desde el 2006 Telefónica comenzó con las prácticas anticompetitivas de modificar las condiciones contractuales, imponiendo tarifas sustancialmente más altas, favoreciendo así la prestación del servicio de conversión por la misma Telefónica. Respecto al Contrato I, la tarifa habría aumentado en un 86% (\$65 más IVA por minuto, sin descuentos) para las llamadas realizadas dentro de la misma red de Telefónica. Luego, en Febrero de 2007, Telefónica comunicó la modificación del contrato II, pasando a cobrar un cargo fijo de \$5.000 y aumentando la tarifa *on-net* de \$42 a \$65.

Considera que el actuar de Telefónica es abusivo al no poder renunciar a la relación comercial con la demandada, ya que una buena parte de sus clientes utilizan la red móvil de Telefónica. Muestra de lo injustificado del alza sería que Telefónica cobra tarifas bastante más bajas a

empresas que adquieren una cantidad notablemente menor de minutos, por lo que sería un caso curioso de cargo por volumen (por contraposición a descuento por volumen).

Agrega además que Telefónica ha bloqueado en reiteradas ocasiones las tarjetas SIM y ha negado a OPS los servicios que provee a terceros.

En Junio de 2007, ETCOM S.A. también demandó a Telefónica por conductas contrarias a la libre competencia. Ambas causas se acumularon. Etcom se dedica a la fabricación de equipos de conversión fijo-móvil que son utilizados para realizar, obviamente, el proceso de conversión antes mencionado. También realiza el servicio de terminación de redes móviles.

Acusa a Telefónica de haber subido injustificadamente los precios en los planes de “post pago” para impedir su labor de terminación de red. Las partes habían acordado el pago de tres planes: PEX, PDG y Súper Empresa. En el primero se registró un alza en la tarifa *on-net* de 316% y en el segundo un alza de 141% en la misma red. La consecuencia, según la demandante, es la imposibilidad de prestar el servicio debido a que los costos de Etcom son mayores a los precios de venta que se proponen con el alza y es imposible traspasarlo al cliente final.

Agrega también que Telefónica es un contratante obligatorio para poder realizar el servicio de conversión.

En definitiva, Telefónica habría abusado de su posición dominante al tener un 44% de participación en el mercado.

En Julio de 2007 Interlink Global Chile Ltda. también presentó demanda en contra de Telefónica, la cual se acumuló a la causa. Afirma esta demandante que en 2006 celebró con Telefónica dos contratos de suministro de servicios telefónicos que ofrecían rebajas importantes en el precio por minuto, en un promedio de \$90 a \$120 sin IVA. El plan contenía una tarifa de \$68 por minuto para llamadas a otras compañías y \$54 por minuto para llamadas a red fija, todo sin IVA y con un cargo fijo de \$4.118. A fines de 2006 Telefónica habría aumentado los precios del cargo fijo y del minuto de tráfico entre un 21,4% y un 105%, siendo la más relevante la de las llamadas entre teléfonos móviles.

En septiembre de 2007, Sistek Ltda. también presentó demanda en contra de Telefónica, en términos idénticos a los planteados por OPS, la cual también se acumuló a la causa.

En las contestaciones a las demandas, Telefónica señaló que el servicio prestado por las demandantes es el de “reoriginación de llamadas”,

el cual sería ilegal según pronunciamientos de la Subtel y la jurisprudencia. Según Telefónica, “las demandantes ofrecen, comercializan y operan un servicio de telecomunicaciones consistente en desviar una llamada efectuada originalmente desde teléfonos fijos, o incluso llamadas provenientes del extranjero (tráfico internacional), para luego encaminarlas y terminarlas en las redes móviles de los diferentes operadores móviles, según su conveniencia. Así, en sus palabras, las acciones ejecutadas por las demandantes simulan el servicio de interconexión entre una red fija y una red móvil, evitando de esta forma el pago de los cargos de acceso contemplados en la regulación sectorial”¹⁴⁸. A juicio de Telefónica, la actividad de las demandantes infringe la ley general de telecomunicaciones ya que requiere de una concesión de servicio público telefónico. Más aún, afirma la demandada que fue engañada por las demandantes pues estas se presentaron como usuarios finales de los servicios de telefonía, lo cual infringe además las condiciones generales de contratación que ofrece Telefónica.

¹⁴⁸ TDLC, sentencia N° 88/2009, Rol 126-07. 15.10.2009. Visto 5.1.

Con todo, afirma Telefónica que no tiene una posición dominante en el mercado de prestación de servicio público telefónico móvil, ya que este puede ser prestado por cualquier otra empresa autorizada.

Señala también que las alzas en las tarifas no son injustificadas, sino que tienen por finalidad cubrir costos adicionales imprevistos al momento de contratar. Explica que, una vez que el servicio telefónico se contrata, lo que se espera es que se haga un uso distribuido en la red y no en un solo punto. Sin embargo, el servicio prestado por las demandantes implica una saturación de la red. Por lo demás, los contratos facultan a Telefónica a reajustar las tarifas cada cierto tiempo y siempre que se avise a la contraparte con 40 días de anticipación, cuestión que ha sido confirmada por la Subtel.

4.2. Razonamiento del Tribunal.

Para definir el mercado relevante, el Tribunal distingue dos mercados conexos: El mercado de servicios de telefonía móvil y el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net*. El primero es un mercado situado “aguas arriba” y el segundo está situado “aguas abajo”.

En el mercado de servicios de telefonía móvil existen solo tres actores relevantes, siendo el principal operador Telefónica por tener la mayor participación de mercado. La principal barrera de entrada de este mercado es la limitación del espectro radioeléctrico.

Es en el mercado de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* donde participan las demandantes, junto con otras empresas que prestan el mismo servicio que ellas y las empresas de telefonía móvil.

La relación entre ambos mercados se encuentra en que, para proveer los servicios de terminación de llamadas, se requiere de la red de telefonía móvil de la empresa respectiva del mercado “aguas arriba”. Es decir, “los proveedores del servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* necesariamente deben contar con un plan de minutos de la concesionaria dueña de la red móvil de destino de las llamadas, a menos que quien provea dicho servicio sea la propia empresa móvil dueña de dicha red”¹⁴⁹, lo cual “se traduce en la existencia de un insumo o facilidad esencial del cual son titulares las empresas móviles, a saber, el plan de telefonía móvil que le permite a las empresas que prestan el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil *on-net* acceder a una red determinada y competir con los demás

¹⁴⁹ Ibid. Cons. 34°.

oferentes de dicho servicio, dentro de los que se encuentran también las empresas de telefonía móvil”¹⁵⁰. A juicio del Tribunal, este insumo es esencial por ser indispensable para participar en el mercado aguas abajo y no tener sustituto a precio razonable.

Ahora bien, Telefónica también tiene una participación activa en el mercado “aguas abajo”. Por eso es que, finalmente, el Tribunal define el mercado relevante del producto como “el mercado de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, conexo al mercado de servicios de telefonía móvil”¹⁵¹. Geográficamente, el mercado relevante es todo el territorio nacional.

Por lo señalado antes, esto es, que los operadores del mercado “aguas abajo” deben necesariamente celebrar acuerdos de minutos con Telefónica, es que el Tribunal considera que cuenta con una posición de dominio.

Luego el Tribunal se encarga de rechazar la alegación de la demandada en cuanto a que la actividad de las demandantes sería ilegal. Para ello señala que no se probó que las demandantes hayan utilizado la red pública telefónica.

¹⁵⁰ Ibid. Cons. 35°.

¹⁵¹ Ibid. Cons. 43°.

Después el Tribunal comienza el análisis de ilegalidad de las conductas imputadas.

Sobre el alza de tarifas, el Tribunal concluye que “los cobros realizados por TMCH, a la época de la demanda, no eran objetivos ni transparentes, pues cobraba precios similares a clientes con diferente volumen de tráfico, cobraba precios distintos a clientes con volumen de tráfico similar, cobraba precios mayores a quienes generaban mayor tráfico y prestaban el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net y cobraba por un mismo plan precios diferentes dependiendo de quién era el cliente. Esto se traduce, en la práctica, en una estrategia de discriminación de precios que, a juicio de este Tribunal, es arbitraria y no tiene justificación económica suficiente”¹⁵². Señaló también que Telefónica incurrió en un estrangulamiento de márgenes de las demandantes, el cual, en términos generales, “se produce cuando una empresa integrada verticalmente utiliza el poder de mercado que posee en el mercado “aguas arriba” para estrangular los márgenes de sus competidores en el mercado “aguas abajo”, con el objeto o efecto de excluirlos”¹⁵³. A mayor abundamiento, explica también el Tribunal que “El “estrangulamiento” del

¹⁵² Ibid. Cons. 93°.

¹⁵³ Ibid. Cons. 95°.

margen se produce porque la empresa que provee el insumo lo vende a un precio tal que quienes lo utilizan no tienen un margen de utilidades suficiente como para seguir siendo competitivos con ella en el mercado “aguas abajo”¹⁵⁴.

En este punto es donde el Tribunal se hace cargo de la alegación de Telefónica acerca de que los demandantes saturarían la red. Al respecto, estima que no se rindió prueba que acreditara lo que señala.

La conclusión a la que llega el Tribunal es que Telefónica efectivamente abusó de su posición dominante al incurrir en la práctica de estrangulamiento de márgenes.

Para la determinación de la multa, el Tribunal considera: (i) la pluralidad de conductas realizadas por la demandada que han sido constitutivas de infracción; (ii) la multiplicidad de demandantes afectados por el ilícito; (iii) la naturaleza de la infracción cometida; (iv) el carácter de reincidente de la demandada, pues su antecesora legal, esto es, CTC Comunicaciones Móviles S.A, fue sancionada por la Comisión Resolutiva en el año 1999; (v) el hecho de que una empresa del mismo grupo económico al que pertenece TMCH haya sido multada por este Tribunal por

¹⁵⁴ Ibid. Cons. 96°.

conductas contrarias a la libre competencia; y (vi) el hecho de que no hay constancia de conductas que haya desplegado la demandada en orden a paliar los efectos anticompetitivos de sus actos y que pudieren atenuar la severidad de la sanción¹⁵⁵. Esto es en el contexto de los tres criterios generales que utiliza el Tribunal y que ya fueron antes mencionados, a saber, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor¹⁵⁶.

El Tribunal resuelve, en lo que interesa a este trabajo: (i) Acoger las demandas de OPS Ingeniería Limitada, ETCOM S.A., Interlink Global Chile Limitada y Sistek Limitada, declarando que Telefónica Móviles de Chile S.A. incurrió en una práctica de discriminación arbitraria de precios, que se tradujo en un estrangulamiento de los márgenes de sus competidores en el mercado de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, y en una práctica de negativa de venta, con el objeto de traspasar su posición dominante en el mercado de la telefonía móvil al mercado conexo de prestación de servicios de terminación de llamadas fijo-móvil on-net; (ii) Condenar a Telefónica a pagar una multa de 3.000 UTA; (iii) Prohibir a Telefónica Móviles de Chile S.A. cobrar a las empresas que

¹⁵⁵ Ibid. Cons. 155°.

¹⁵⁶ Ibid. Cons. 153°.

ofrecen el servicio de terminación de llamadas fijo-móvil on-net, precios arbitrariamente discriminatorios, respecto de los que cobra a sus demás clientes del servicio de telefonía móvil; Y (iv) ordenar a Telefónica que se abstenga en el futuro de realizar cualquier hecho, acto o convención que signifique discriminar en relación a las características de quién accede a sus servicios, salvo que ello se funde en circunstancias objetivas y aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones.

Como se puede observar, las dos últimas medidas indicadas constituyen remedios, los que pueden traducirse, en términos más simples, a la obligación de cesar en la conducta ilícita y no incurrir nuevamente en ella en el futuro. Este último, en particular, resulta curioso, pues es obvio que el condenado no puede volver a incurrir en la conducta ilícita, no tanto porque lo ordene el Tribunal, sino que, sobre todo, porque lo ordena la ley.

El fallo fue confirmado por la Corte Suprema, en la sentencia rol 8077-2009.

5. FNE/CCF.

5.1. Intervenciones.

En Junio de 2008, la FNE presentó requerimiento en contra de la Compañía Chilena de Fósforos S.A. (CCF) ante el TDLC, por haber incurrido en conductas contrarias a la libre competencia.

Según la FNE, la CCF habría presionado a los proveedores de Canadá Chemicals S.A., competidora de CCF en el mercado, para que dejase de proveerle mercancías.

También CCF habría hecho un ejercicio abusivo de acciones judiciales y administrativas, al demandar el dominio de dos marcas (una de ellas propiedad de Canadá Chemicals) y luego desertar de dichos procedimientos.

Otro mecanismo de abuso utilizado por CCF sería incentivos de exclusividad con sus distribuidores, consistentes en descuentos aplicados sobre las compras totales. Esto evitaría la entrada de nuevos competidores.

Particularmente exclusorios resultan los incentivos por metas de venta que pacta CCF con sus distribuidores, los que se basan en las ventas totales anuales o semestrales.

Resulta relevante también que CCF comercializa fósforos marca Líder, lo que excluye la posibilidad de que otra compañía pueda abastecer a

la cadena de supermercados más grande del país con fósforos de dicha marca.

En Agosto de 2008, Comercial Canadá Chemicals S.A. presentó demanda en contra de CCF en términos similares de los de la FNE.

En su contestación, CCF concentró sus esfuerzos en ampliar el mercado relevantes al “mercado del encendido”, incluyendo así fósforos y encendedores, dado que la FNE y Canadá Chemicals lo restringieron solo al primer elemento.

También señaló CCF que no es posible que ella tenga una posición de dominio, pues no existen barreras de entrada al mercado ni de expansión una vez dentro de él.

Rechazó haber ejercido presiones en contra del proveedor de Canadá Chemicals y haber abusado de acciones judiciales y administrativas. La impugnación de marcas tuvo fundamentos plausibles.

Sobre los incentivos de exclusividad, señala que se pactaron solo con Korlaet y Montserrat. Por lo demás, a la fecha del juicio, no tenían ningún contrato de exclusividad vigente. Los incentivos fueron pactados libremente, por una lógica competitiva y operacional, cuyo incumplimiento no tuvo represalias, sanciones o negativas de venta. Más aún, los

distribuidores que habían pactado estos incentivos de exclusividad representaban menos de un 2% de sus ventas. Agrega, además, que los pactos no tenían una vigencia mayor a 12 meses, por lo que el competidor habría podido ingresar en menos de un año, si el distribuidor lo deseaba.

En cuanto a los incentivos por meta, afirma que tuvieron por finalidad hacer frente al ingreso masivo de encendedores, que afectaría la venta de fósforos. Por lo demás, los competidores de CCF siempre pueden igualar o mejorar las condiciones que ella ofrece.

En relación al domino sobre la marca Líder, explica que es dueña desde 1971, casi veinte años antes de que D&S empezara a operar con los supermercados Líder.

5.2. Razonamiento del Tribunal.

El Tribunal comienza explicando que su análisis consistirá en determinar el mercado relevante, si CCF cuenta con una posición dominante y si las conductas que se le imputaron se llevaron a cabo y constituyen un abuso susceptible de reproche conforme a la ley.

El mercado relevante queda circunscrito únicamente a los fósforos, y no a los encendedores, pues si bien son sustitutos en algunas áreas de consumo, en general, su uso se da en distintos segmentos. Geográficamente, el mercado relevante es todo el territorio nacional.

En cuanto al poder de mercado, no se contó con datos precisos sobre la participación de todos los actores, pero según la FNE la participación de CCF alcanzó un 90% en los últimos años.

Luego analiza las barreras de entrada. La principal es la posesión de Álamo, el cual se utiliza para la fabricación de fósforos. CCF, a través de una empresa filial, produce un 73,21% del Álamo de uso industrial, el cual utiliza íntegramente la CCF. Estas condiciones son muy difíciles de replicar en el corto plazo por un competidor entrante, por lo que deben importar la madera. También constituye una barrera el hecho de que CCF sea dueño de la marca más conocida por los consumidores dada su alta presencia en el mercado a lo largo de muchos años.

La conclusión a la que llega el Tribunal en este punto es que CCF tiene efectivamente una posición de dominio en el mercado de los fósforos.

Luego analiza las conductas que se le imputan a CCF. La primera la constituyen las presiones que habría ejercido en contra del proveedor de

Canadá Chemicals. A partir de toda la prueba rendida en juicio se llegó a la conclusión de que los antecedentes no eran suficientes para dar por acreditadas las presiones.

Después desestima el Tribunal que la impugnación de marcas por parte de CCF constituya una conducta contraria a la libre competencia.

La tercera conducta consiste en haber pactado incentivos de exclusividad y por meta. Sobre el primer tipo de incentivos, el Tribunal señala que “de lo expuesto, se puede apreciar que CCF pactó descuentos por exclusividad con distintas cadenas de supermercados que, en su conjunto, representaban un porcentaje significativo de la oferta supermercadista del país en dicha época. Tal circunstancia, unido al hecho ya acreditado de que en el canal supermercadista CCF tiene la mayor participación de mercado de los fósforos (alrededor del 95%), a juicio de este Tribunal, (i) confirma la posición de dominio de CCF en el mercado relevante, y (ii) revela la existencia de dificultades objetivas para el ingreso de nuevos competidores, incluso por vía de importaciones”¹⁵⁷. También considera que “la sola pérdida del descuento por no cumplir con la exclusividad podría ser incentivo suficiente para que los distribuidores no

¹⁵⁷ TDLC, Sentencia N° 90/2009, Causa rol N° 165-08. 14.12.2009. Cons. 94°.

acepten comercializar productos de los competidores de la demandada, por lo que, en los hechos, tales exclusividades efectivamente pueden constituir abusos de la posición dominante con que cuenta CCF, en la medida que impidan o restrinjan el ingreso de nuevos competidores –en este caso, vía importaciones- al mercado relevante de autos”¹⁵⁸. En consecuencia, declara que los contratos con descuentos por exclusividad constituyeron un abuso de posición dominante.

Sobre los pactos de incentivos por meta, explica el Tribunal, citando a la OCDE que, “en general, los incentivos por metas de ventas –también conocidos como descuentos por fidelidad (“fidelity discounts”)- son estructuras de precios en virtud de las cuales se ofrecen precios menores a cambio de un compromiso –sea expreso o de facto- por parte del comprador en cuanto a proveerse mayoritariamente y/o de manera creciente sólo con el proveedor que ofrece dicho descuento”¹⁵⁹ y que su problema radica en que, “si bien en principio tales descuentos pueden producir efectos positivos (menores precios e incentivos para los distribuidores), en algunos casos podrían llevar a producir efectos anticompetitivos en la medida que reduzcan la transparencia en los precios o que excluyan a competidores del

¹⁵⁸ Ibid. Cons. 99°.

¹⁵⁹ Ibid. Cons. 105°.

mercado o restrinjan o impidan artificialmente el ingreso de competidores potenciales o no tengan una justificación económica racional”¹⁶⁰. En consecuencia, la reprochabilidad de este sistema no puede determinarse sin antes analizar el mercado específico de que se trate.

El mercado de los fósforos se caracteriza por ser de difícil entrada debido a la existencia de un competidor dominante como productor, el valor de las marcas del mismo, el alto costo de importación y una demanda decreciente.

Luego de analizar los diversos contratos celebrados, el Tribunal llega a la convicción de que “habría existido igualmente un propósito de impedir el ingreso de nuevos competidores, toda vez que, en el contexto de mercado ya descrito y habida consideración de la posición dominante de CCF, no consta en autos evidencia de la que sea posible presumir la existencia de economías de escala o de eficiencias que justifiquen este sistema de descuentos, y que expliquen, además, las razones por las cuales se pactó descuentos disímiles para cada distribuidor. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, demuestra que CCF confeccionó un “traje a la medida” para cada distribuidor, que sólo encuentra explicación en el propósito de levantar

¹⁶⁰ Ibid. Cons. 106°.

barreras artificiales a la entrada a nuevos competidores y respecto del cual no existe en autos evidencia de que están justificados en condiciones generales, uniformes y objetivas, o en condiciones de costos”¹⁶¹, por eso es que considera el Tribunal que CCF abusó de su posición de dominio.

Para la imposición de la multa el Tribunal considera sus ya mencionados tres criterios: El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente.

Lo que resuelve finalmente el Tribunal es (i) acoger el requerimiento de la FNE y la demanda de Canadá Chemicals, declarando que CCF abusó de su posición dominante al celebrar con sus distribuidores determinados contratos con cláusulas de exclusividad y con cláusulas de incentivos por cumplimiento de metas de venta, con el objetivo de levantar barreras artificiales de entrada; (ii) condenar a CCF al pago de una multa de 1.200 UTA; Y (iii) ordenar a la CCF “que se abstenga en lo sucesivo de celebrar con sus clientes o distribuidores, directa o indirectamente, contratos o acuerdos que incluyan términos o condiciones discriminatorios respecto de las características de quién adquiera o distribuya sus productos, salvo que ello se funde en circunstancias generales, uniformes y objetivas, o basadas

¹⁶¹ Ibid. Cons. 152°.

en condiciones justificables en razón de sus costos, y que sean aplicables a todo el que se encuentre en las mismas condiciones”¹⁶². Es decir, se impuso el remedio de no celebrar contratos que incluyan cláusulas discriminatorias e injustificadas.

6. FNE/AGMITAL.

En Junio de 2009, la FNE presentó un requerimiento ante el TDLC en contra de la Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital (en adelante, Agmital), por supuestas conductas contrarias a la libre competencia en el transporte rural de la región del Maule.

Explica que Agmital al principio competía únicamente con el empresario Juan Díaz Ruiz. Pero en Octubre de 2006 ingresó un nuevo competidor, José Muñoz Ortega, quien vino a desafiar la posición dominante de Agmital en tres horarios al día y una tarifa similar. La reacción de la Asociación fue agrupar todos los recorridos en el mismo horario que el del empresario y disminuir sus tarifas. Inicialmente la rebaja de la tarifa fue de los \$600 a los \$500, pero luego llegó a ser de \$200, solo

¹⁶² Ibid. Resuelvo 3.

en los mismos recorridos de la competencia. A esto se le suman agresiones verbales y entorpecimiento material de los recorridos. El nuevo competidor no habría podido soportar la rebaja en las tarifas, mientras que Agmital sí, con un sistema de rotación de sus asociados cada 48 días.

En su contestación, Agmital opuso en primer lugar excepción de prescripción, por haber transcurrido más de 2 años desde la conducta que se imputa. Luego indica que el mercado relevante son aquellos recorridos en que coinciden Agmital y José Muñoz, en consecuencia, no tiene una posición de dominio, sino que ambos tienen una participación, en cuanto a oportunidad, del 50%. Si se estima que Agmital sí tiene poder de mercado, entonces debiese considerarse que su actuación no es reprochable, dado que esta se ha logrado gracias a medios lícitos, como sus tarifas, buena administración, servicio de calidad, etc. Además, al ofrecer más frecuencia y mejores precios en mismo recorrido, la competencia se fortalece.

Sobre las conductas que se le imputan, indica que el empresario José Muñoz ingresó al mercado con una tarifa de \$300, por lo que la tarifa de \$200 fue producto de una estrategia competitiva. Ello no es un precio predatorio, pues Agmital es capaz de financiarse con esa tarifa.

Sobre la rotación, señala que no tiene un fin ilícito, sino que busca mantener el equilibrio entre los asociados y es de aplicación general anterior al ingreso de José Muñoz al mercado.

Iniciando su parte considerativa, el Tribunal rechaza la excepción de prescripción opuesta, pues la conducta que se imputa terminó en noviembre de 2007, por lo que el plazo debe computarse desde esa fecha.

Antes de analizar las conductas imputadas, el Tribunal hace una aclaración que dice relación con la legitimidad pasiva de Agmital. Nota que la FNE requirió a la Asociación y no a todos sus miembros individualmente, por lo que aclara que “lo que corresponde juzgar entonces es si Agmital fue utilizada por sus socios como un instrumento de coordinación para materializar prácticas restrictivas de la libre competencia efectuadas con el objeto de excluir a un competidor y, posteriormente, acordar fijar tarifas con dicho competidor con el objeto de restringir o entorpecer la libre competencia en el mercado. Por lo anterior, y dado además que ni los miembros de la asociación ni sus directivos han sido requeridos por la Fiscalía Nacional Económica, este Tribunal deberá calificar la actuación de Agmital en cuanto coordinadora y centralizadora de sus voluntades y, de ser efectivos los hechos denunciados, deberá ser ésta,

en tanto entidad que los agrupa, la que quede sujeta a la responsabilidad infraccional que se derive de tales hechos”¹⁶³.

El mercado relevante lo define como el de Transporte público rural de pasajeros desde Talca hasta Los Almendros, Queri y Población Buenos Aires, y viceversa, dentro de ciertos márgenes de horarios.

Luego determina el Tribunal que Agmital sí tiene una posición dominante pues “tienen la capacidad de fijar precios en el mercado relevante de autos con independencia de la reacción del resto de sus competidores, y la de sostenerlos por un período significativo, como de hecho hicieron”¹⁶⁴. No se analizó en términos de porcentajes, sino que en términos cualitativos, la principal razón fue la cantidad de buses que administraba Agmital.

Conforme a los antecedentes aportados en el proceso, se logró acreditar que la tarifa cobrada por Agmital en los recorridos mencionados era alrededor de \$500, y que bajó a \$200 una vez que el señor Muñoz entró al mercado, y solo respecto de los recorridos y horarios en que este participaba. Esta es una conducta que la asociación ya había hecho antes con otros competidores entrantes. Respecto a esto, el Tribunal estimó que

¹⁶³ TDLC, Sentencia N° 102/2010, Causa rol N° 191-09. 11.08.2010. Cons. 23°.

¹⁶⁴ Ibid. Cons. 31°.

“los asociados de Agmital incurrieron en una conducta coordinada con el objeto de discriminar precios cobrando una tarifa menor en los horarios que eran servidos por el señor Muñoz, a la cobrada en horarios cercanos y en las mismas rutas. Lo anterior implica sacrificios económicos que, a juicio de este Tribunal, no responden a criterios de eficiencia productiva, ni tienen por objeto disputar la demanda de forma legítima, ofreciendo mejores precios o servicios de manera duradera y razonable desde el punto de vista económico. De acuerdo con los antecedentes en autos, su explicación, más bien, se encuentra en una intención anticompetitiva de los asociados concertados en Agmital: la exclusión de un entrante, con el objeto de monopolizar el mercado. Esta decisión de Agmital, en suma, constituye una discriminación arbitraria de precios adoptada con el objeto de excluir a un competidor del mercado”¹⁶⁵.

También se tuvieron por acreditados los actos de hostigamiento hacia José Muñoz, al entorpecer temerariamente el desplazamiento de los buses.

También se acreditó que las conductas descritas terminaron cuando los tres competidores se reunieron y acordaron informalmente establecer una tarifa uniforme de \$600. Dicho evento, a juicio del Tribunal, da cuenta

¹⁶⁵ Ibid. Cons. 51°.

inequívocamente de la intención de excluir al nuevo competidor del mercado.

Por los hechos que se tuvieron por acreditados, el Tribunal decide sancionar a Agmital con la imposición de una multa, para cuya determinación se consideran el beneficio económico obtenido con la conducta ilícita, la gravedad de la misma y la calidad de reincidente.

En definitiva, el Tribunal resuelve (i) acoger el requerimiento de la FNE, declarando que Agmital ha incurrido en conductas contrarias al artículo 3 del DL 211; (ii) Imponer a Agmital el pago de una multa de 50 UTA; Y (iii) Ordenar a Agmital “el cese de todo acto o conducta cuyo objeto o efecto sea excluir en forma ilícita a competidores de sus socios, que operen en los distintos segmentos del recorrido Talca-Los Almendros-Queri-Población Buenos Aires, o el de impedir ilícitamente el ingreso de nuevos competidores a dicho recorrido; así como abstenerse de realizar dichos actos en el futuro, tanto en esos tramos como en los demás en los que presten servicios sus asociados”¹⁶⁶, es decir, el cese inmediato de la conducta ilícita.

¹⁶⁶ Ibid. Parte resolutive.

7. Arauco/D&S.

7.1. Demanda y contestación.

En Enero de 2008 la Comercial Arauco Ltda., dueña de Supermercados Único, presentó demanda ante el TDLC en contra de Distribución y Servicio D&S S.A. y en contra de Hipermercado Valdivia Ltda., conocido como Líder Valdivia, por haber infringido el DL 211.

Como punto de partida, indica la demandante que D&S y Líder Valdivia conforman una unidad económica, en adelante Líder, que tiene poder significativo en el mercado relevante del retail supermercadista de las regiones X y XIV, más específicamente las ciudades de Osorno y Valdivia. Distingue en su escrito dos mercados, el mercado del aprovisionamiento (MDA) y el mercado del retail supermercadista (MRS), los que están conectados entre sí al integrar la misma cadena de producción, distribución y venta, y al influir el mayor poder de compra en el MDA en una mayor cuota de participación en el MRS. El MRS, a su vez, se relaciona con el mercado de tarjetas de crédito, lo que genera mayor fidelización de los consumidores, en este caso mediante la tarjeta Presto. Además, en relación,

al MRS, explica que existen “Productos de Conocido Valor” (PCV) o “Producto Gancho”, que son de frecuente consumo y, en consecuencia, tienen un alto poder exclusionario de competidores.

A su juicio, Líder tiene una posición dominante en el mercado pues tiene una cuota de participación del 22,1%, tiene un alto poder de compra en el MDA que refuerza su poder de mercado en el MRS, tiene una alta capacidad financiera, existen elevados costos de entrada, tiene la capacidad de levantar barreras de entrada por medio de la diversificación de formatos y la agresiva compra de terrenos para la construcción de nuevos locales, existe una masa de clientes fidelizados mediante el uso de la tarjeta de crédito, ha logrado un grado de integración vertical por la comercialización de marcas propias, y es capaz de ejercer conductas anticompetitivas.

Los actos ilícitos que denuncia son dos. El primero es haber incurrido en competencia desleal por realizar publicidad comparativa engañosa. El segundo es incurrir en precios predatorios en relación a los PCV.

Sobre la publicidad comparativa engañosa, indica que, conforme a la jurisprudencia sobre libre competencia, para que sea tal se requiere que no sea veraz, ni objetiva, ni demostrable. Concretamente, el acto consistió en comparar boletas reales de Líder Valdivia y Único incluyendo varios PCV,

dando a entender que en Líder Valdivia se obtiene ahorros de hasta un 25%. Además, la campaña nacional “Líder, una pequeña ayuda siempre” induce a pensar que la “ayuda” es para siempre, ya que no se indica la vigencia de los precios que aparecen en los volantes promocionales. La difusión se concentró sobre todo en las quincenas y finales de mes del término de año, sobre todo en la cercanía de Navidad y Año nuevo.

La publicidad no sería, en primer lugar, veraz, porque no se compararon los mismos productos, por lo que no “son exactamente los mismos productos”, como afirmaba la publicidad. Tampoco es, en segundo lugar, demostrable, pues la información requerida para su verificación es incompleta y la descripción de los productos en la boleta Líder es muy confusa. Finalmente, no es objetiva, dado que en las boletas se incluyen productos mayoritariamente en promoción, a diferencia de productos de Único que no lo están.

Sobre los precios predatorios, indica que cincuenta PCV incluidos en las boletas de los volantes se presentan con precios excesivamente bajos, debido a descuentos en caja. Los precios son más bajos que el costo de adquisición de los mismos productos pagado por Arauco, por lo que se llega al absurdo de que para Arauco es más conveniente abastecerse de Líder. La

estrategia, en definitiva, consiste en bajar excesivamente los precios de ciertos PCV, generando un mayor tráfico de clientes que le permite compensar las pérdidas y excluir competidores. Los supermercados pequeños no pueden igualar esta estrategia pues dependen en mucha mayor medida de las ventas de PCV y no tienen el mismo poder de compra.

En su contestación, las demandadas comienzan proponiendo un mercado relevante geográfico distinto al que considera el demandante. A su juicio, solo debe comprenderse Valdivia, y no las regiones X y XIV, porque ello implicaría entender que existen consumidores dispuestos a desplazarse más de 100 kilómetros o 2 horas ante un alza de precios. Existe una distancia suficientemente alta entre Osorno, Valdivia y Puerto Montt para no poder considerar todas esas ciudades como parte de un mismo mercado.

Señalan que, en Valdivia, Arauco siempre ha tenido la participación más alta de mercado, superando el 40% al momento del juicio. Líder Valdivia, en cambio, se encuentra en el tercer lugar de participación, después de Bigger, con aproximadamente un 25%. En consecuencia, Líder Valdivia no tiene una posición dominante en el mercado relevante.

Afirma también que no existen grandes barreras de entrada, lo que se demuestra con la llegada de D&S al mercado de Valdivia el 2002, el

ingreso de OK Market el 2006, los planes de expansión de Único y Bigger y la posibilidad de que se instalen en la ciudad nuevos supermercados de actores con presencia nacional, como por ejemplo, Falabella.

Sobre los precios predatorios, explica que estos deben cumplir una serie de requisitos, a saber, ser inferiores a un determinado nivel de costos, poder de mercado del predador, condiciones de entrada que lo hagan posible e intención de eliminar a un competidor. Además, por no tener poder de mercado, no existir barreras de entradas y tratarse de una demanda elástica, Líder Valdivia no puede adoptar plausiblemente una conducta de exclusión-recuperación.

Con todo, no es efectivo que Líder Valdivia haya vendido productos bajo sus costos, pues sus resultados operacionales siempre han sido positivos.

A su juicio, la estrategia competitiva de promociones a bajo costos es legítima y coherente con la metodología de D&S. A mayor abundamiento, serían totalmente lícitas dado que recaen en un conjunto específico de productos por un tiempo limitado debidamente comunicado a los consumidores y no son discriminatorios. Todas estas limitaciones no permiten a los precios tener el carácter de predatorios.

Sobre la publicidad comparativa engañosa, rechazan las afirmaciones de la demandante. Explica que, por la cantidad enorme de volantes publicitarios que se confeccionan, es inevitable que cuatro hayan tenido errores, que fue la cantidad de volantes que detectó Arauco. Indica que los volantes contenían errores que los beneficiaban y que los perjudicaba, por lo que no hubo intención de engañar al consumidor. Por lo demás, de haber corregido los errores, el efecto y mensaje publicitario habría sido el mismo, esto es, que el total de la boleta en Líder Valdivia es más bajo. O sea, la decisión de consumo habría sido la misma. Agrega que la información es demostrable, pues basta con acudir al supermercado para verificar el precio, sin que sea necesario que la boleta contenga el código del producto.

En caso de que se considere que la publicidad es engañosa, de todas formas es una cuestión que debe ser conocida en una sede distinta a la de libre competencia. Agrega que los cuatro volantes no pueden constituir un abuso de posición dominante.

7.2. Razonamiento del Tribunal.

El Tribunal comienza definiendo el mercado relevante del producto como el de “distribución por parte de supermercados a consumidores finales de productos alimenticios y no alimenticios de consumo periódico en el hogar”¹⁶⁷, en consonancia con su jurisprudencia anterior.

En cuanto al mercado relevante geográfico, el Tribunal lo delimita únicamente a la ciudad de Valdivia y sus alrededores, debido a que existe una distancia de 111 kilómetros entre Osorno y Valdivia, lo que no hace razonable considerar como un todo a la XIV región, y menos a la X y XIV en conjunto.

Como barreras de entrada, el Tribunal detecta la existencia de empresas con importantes ventajas de costos por su posición de dominio a nivel nacional, como D&S, lo cual impide a un eventual entrante alcanzar una escala mínima eficiente en un plazo razonable para desafiar a la competencia. En este sentido, el Tribunal recalca que, si bien Líder Valdivia era el tercer actor del mercado relevante, D&S era una empresa dominante a nivel nacional, lo cual le entrega significativas ventajas al nivel local de Valdivia. Por eso, considera el Tribunal que Líder tiene aptitud para alcanzar una posición de dominio en Valdivia.

¹⁶⁷ TDLC, Sentencia N° 103/2010, Causa Rol N° 151-08. 08.09.2010. Cons. 8°.

En relación a los precios predatorios, explica el Tribunal que las ventas bajo costo no son *per se* contrarias a la libre competencia, siempre que sean para promocionar un producto y por un período corto de tiempo. Por el contrario, si son persistentes y se utilizan para excluir competidores, pueden ser contrarias a la libre competencia.

Para el caso que se analiza, señala el Tribunal que la política de Líder es generalizada, aplicada a todo el país, por lo que no parece tener la intención de excluir competidores específicamente en Valdivia.

Además, parece ser que la estrategia de D&S es del tipo *loss leading*, consistente en que “un subconjunto de productos de alta recordación y sensibilidad al precio por parte de los consumidores se ofrece bajo el costo medio variable, para aumentar la demanda de otros productos en los cuales se obtiene margen suficiente para compensar las pérdidas generadas en los primeros”¹⁶⁸. Esta táctica no es contraria a la libre competencia si actúa en los mismos términos descritos más arriba.

En definitiva, determina el Tribunal no tener por acreditada la conducta de precios predatorios denunciada.

¹⁶⁸ Ibid. Cons. 35°.

En relación a la denuncia de competencia desleal por publicidad comparativa engañosa, el Tribunal constata que existe error en cuatro de las seis comparaciones que realiza Líder Valdivia, pues se comparan productos del mismo tipo pero de diferente calidad, o se agregan más productos a la boleta de Único. En consecuencia, los productos comparados no son exactamente los mismos, como aseveraba la publicidad de Líder Valdivia.

Si se corrigen los errores publicitarios, se concluye que efectivamente Líder Valdivia es más barato que Único, sin embargo, el ahorro total es en realidad menor al publicitado. Esto permite afirmar que la publicidad “no es veraz, sino derechamente falsa, por cuanto no es efectivo que sean *“exactamente los mismos productos”* comparados en uno y otro supermercado, ni que para esas canastas de productos existan los porcentajes de ahorro que Líder Valdivia destaca en su publicidad y que, como se señaló, en algunos de los casos analizados difieren en forma relevante de los porcentajes de ahorro efectivos”¹⁶⁹.

La comparación tampoco es objetiva, porque la mayoría de los productos adquiridos en Líder tienen precio promocional, mientras que los de Único no. Ello permite concluir que la publicidad es engañosa “en

¹⁶⁹ Ibid. Cons. 42°.

cuanto pretende dar un alcance general y permanente a la comparación por medio de asertos publicitarios como “otra pequeña ayuda, Líder” y “el total de tu boleta más bajo”. Lo anterior, sin considerar que, además, quien escoge qué productos incluir en la publicidad comparativa es precisamente el que la hace, lo que le permitiría seleccionar, para efectuar la comparación, precisamente los productos en que la diferencia de precios sea mayor, por lo que la referida propaganda tampoco permitiría demostrar que los precios en promedio son más bajos en un supermercado que en el otro”¹⁷⁰.

Agrega que para el consumidor medio es muy difícil comprobar la veracidad de la información debido a la falta de tiempo. Dado que los productos aparecen con diferentes nombres, nomenclaturas o descripción, se debe recurrir a los códigos de barra, lo que hace más costosa la comprobación.

Por lo señalado “y considerando que los supermercados compiten en forma importante por precios, este Tribunal estima que los errores de que adolece la publicidad en cuestión pueden determinar decisiones de consumo

¹⁷⁰ Ibid. Cons. 43°.

y desviar clientela desde Único a Líder Valdivia, configurándose por lo tanto la conducta de competencia desleal denunciada”¹⁷¹.

El Tribunal resuelve finalmente (i) Acoger la demanda parcialmente, declarando que Distribución y Servicio D&S S.A. incurrió en actos de competencia desleal consistentes en publicidad comparativa engañosa con la aptitud de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, (ii) condenarla a pagar una multa de 100 UTA, y (iii) ordenarle abstenerse de incurrir en actos de competencia desleal que sean contrarios a la libre competencia, es decir, el cese de la conducta.

La Corte Suprema confirmó la sentencia del TDLC, sin agregar consideraciones dogmáticamente relevantes¹⁷².

8. FNE/CCT.

8.1. Etapa de discusión.

El 5 de agosto de 2005 el TDLC dictó la sentencia N° 26/2005, en la cual se condenó a la Compañía Chilena de Tabacos S.A. (en adelante CCT) por

¹⁷¹ Ibid. Cons. 45°.

¹⁷² Corte Suprema, Sentencia rol N° 7500-2010. 11.07.2011.

crear barreras artificiales para la entrada de nuevos competidores en el mercado de comercialización de cigarrillos. En dicha sentencia se obligó a CCT a pagar una multa de 10.000 UTA y a dejar sin efecto las estipulaciones contractuales que contenían convenios de exclusividad publicitaria con los puntos de venta y convenios de pago de incentivos por cumplimiento de metas de venta. También se le previno que, en lo sucesivo, no debía impedir ni entorpecer la exhibición y venta de cigarrillos de sus competidores en los puntos de venta. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 10 de enero del 2006 (causa Rol N° 4332-2005).

En Noviembre de 2009, la FNE presentó requerimiento ante el TDLC en contra de CCT por incumplir la mencionada sentencia N° 26.

Explica la FNE que, si bien CCT ha adoptado políticas comerciales para dar cumplimiento a la sentencia, han ocurrido varios casos de incumplimiento grave.

En efecto, los distribuidores minoristas se ven incentivados u obligados a adquirir solo de CCT los cigarrillos que comercializan. Esto porque tiene un 98% de participación en el mercado y monitorea periódicamente los puntos distribuidores a través de su fuerza de venta, lo que le permite mantener la dependencia de esos puntos de venta.

Explica que las restricciones legales publicitarias constituyen una barrera de entrada al mercado, pues es altamente dificultoso vender y rotar un bien o servicio que no es conocido ni promocionado. La única forma de dar a conocer el producto cigarrillo es a través de los locales de venta minoristas.

Afirma que luego de la dictación de la sentencia, las cláusulas de exclusividad fueron eliminadas, pero fueron sustituidas por otras que involucran exclusividad de los espacios de exhibición, la adquisición para CCT del derecho de uso de espacios publicitarios, derechos de desarrollo de actividades publicitarias al interior y exterior de los puntos de venta que controla o pase a controlar directa o indirectamente el dueño del local, o la adquisición del espacio necesario para instalar una cigarrera¹⁷³.

Finalmente, da cuenta la FNE de que CCT intensificó la celebración de convenios para la fidelización de los puntos de venta, sumando 862 entre 2006 y 2008.

En la Contestación, CCT afirma haber cumplido cabalmente la sentencia mediante la adopción de diversas medidas. Al efecto señala (a) decisiones de organización interna, como acuerdos de directorio

¹⁷³ TDLC, Sentencia N° 115/2011, Causa rol N° 196-09. 17.11.2011. Párrafo 1.16.

instruyendo a órganos ejecutivos para el acatamiento de la sentencia, (b) creación de un Comité de cumplimiento y del Consejo asesor de la libre competencia, (c) haber pagado la multa impuesta y modificado los acuerdos con los puntos de venta, eliminando las cláusulas cuestionadas, y (d) haberse abstenido de celebrar justamente dichas cláusulas cuestionadas con los puntos de venta.

Señala también que le dio libertad a los puntos de venta para utilizar con productos de la competencia las cigarreras que entrega en comodato. Agrega que se modificaron los contratos de exclusividad publicitaria por contratos de publicidad preferente.

Todas estas medidas habrían sido informadas periódicamente a la FNE. En efecto, el órgano fiscalizador habría aprobado los convenios de exclusividad publicitaria y, en todo caso, estos no habían sido prohibidos por la sentencia. El actuar de la FNE va en contra del principio de confianza legítima.

Afirma que Philip Morris ha crecido fuertemente en el mercado, pasando de ser comercializados sus productos en 2.514 puntos de venta en 2003 a 6.000 puntos de venta al momento del juicio.

Paralelamente, en mayo de 2010, Philip Morris Chile Comercializadora Limitada presentó demanda en contra de CCT, la cual dio origen a una causa que fue acumulada con la del requerimiento de la FNE. Su demanda se centró en los nuevos acuerdos de exclusividad que ha celebrado CCT con los puntos de venta, mediante los cuales compró todos los derechos de promoción y publicidad a cambio de una contraprestación en dinero. Además, los acuerdos de exclusividad publicitaria corresponderían a aproximadamente al 92% de los puntos de venta, lo que constituye, a juicio de la demandante, una gran barrera de entrada. El porcentaje deriva en que los consumidores no perciban productos distintos a los de CCT. Las restricciones publicitarias son más graves dado el estricto marco legal para la publicidad de la industria tabacalera.

Indicó también que CCT condicionó la entrega de créditos a los distribuidores a que no se vendan cigarrillos de Philip Morris y que ha impedido el uso de las cigarreras entregadas en comodato para exhibir productos de la competencia.

8.2. Razonamiento del Tribunal.

El Tribunal comienza definiendo el mercado relevante como el de comercialización de cigarrillos en el territorio de la República de Chile¹⁷⁴.

El Tribunal distingue los análisis de los dos canales de distribución, a saber, *high trade* y *low trade*. El primero se refiere a locales comerciales como supermercados, discotecas, estaciones de servicio, restaurantes, pubs, bares, etc. El segundo principalmente a botillerías, almacenes y kioskos.

Así entonces, respecto del canal *high trade* se imputó por los demandantes que CCT habría suscrito contratos con cláusulas de arrendamiento de derechos o de espacios publicitarios con los puntos de venta que tuvieron por efecto impedir o entorpecer la publicidad, promoción, exhibición y venta de los productos de la competencia. Estas cláusulas fueron modificadas con motivo de la sentencia 26/2005 del Tribunal, las que anteriormente contenían acuerdos de exclusividad.

Conforme a la prueba rendida en el proceso, el Tribunal concluyó que, en los hechos, en muchos casos lo que logra CCT es copar todo el espacio disponible para la publicidad, lo que redundaría en un derecho exclusivo de promocionar sus productos en los puntos de venta¹⁷⁵.

¹⁷⁴ TDLC, Sentencia N° 115/2011, Causa Rol N° 196-09. 17.11.2011. Cons. 14°.

¹⁷⁵ Ibid. Cons. 27°.

Explica el Tribunal que del tenor literal de las cláusulas pactadas no se desprende que afecten la libre competencia en el sentido de impedir la venta o promoción de productos de Philip Morris, sin embargo, en los hechos, los administradores de los puntos de ventas así lo percibían. Así, consigna el Tribunal que “es posible colegir, a juicio de este Tribunal, que algunos operadores de los puntos de venta del canal high trade, o al menos quienes los administran o se desempeñan en ellos, han actuado bajo la creencia de que la suscripción de los acuerdos de arrendamiento de espacios publicitarios en análisis conllevaba la prohibición de exhibir o vender productos de la competencia de Chiletabacos. Sin embargo, no existen antecedentes en el proceso que den cuenta de que esta creencia se debiera a motivos distintos de una errónea apreciación de los efectos de tales contratos por parte de las co-contratantes de la requerida y demandada de autos, contratos que, como se ha visto, en su tenor literal no impedían en modo alguno la exhibición o venta de productos de la competencia de CCT”¹⁷⁶.

En relación a la alegación de confianza legítima de la demanda, responde el Tribunal que “es preciso dejar asentado que el beneplácito de la

¹⁷⁶ Ibid. Cons. 50°.

FNE no es idóneo por sí solo para eximirse en términos absolutos de responsabilidad en esta sede, pues lo procedente para tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 del D.L. N° 211, es solicitar a este Tribunal el ejercicio de la potestad consignada en el artículo 18 N° 2 del mismo cuerpo legal y obtener un pronunciamiento favorable en la materia de que se trate¹⁷⁷.

Reconoce el Tribunal que CCT actuó diligentemente al elevar las cláusulas al nivel de esenciales del contrato, estipular cláusulas de salida del contrato sin indemnización y sometió previamente el borrador de los contratos a la revisión de la FNE. Gracias a este actuar, el Tribunal decide no imponerle multa, aunque sí ciertas medidas correctivas. Sin embargo, su nivel de diligencia es menor al que le es exigible en consideración a su posición casi monopólica en el mercado y la dictación de la ley 20.105¹⁷⁸.

En definitiva, el Tribunal concluye que las cláusulas restringen o entorpecen la libre competencia o tienden a producir dichos efectos, infringiendo el artículo 3° del DL 211. Esto, “como consecuencia de: (i) las restricciones legales a la publicidad y promoción en la industria, impuestas pocos días después de notificada la Sentencia 26/2005; (ii) el significativo

¹⁷⁷ Ibid. Cons. 64°.

¹⁷⁸ Ibid. Cons. 65°.

poder de mercado de CCT, que entrega incentivos a pagar más que eventuales competidores por espacios de publicidad en los puntos de venta, pues obtenerlos puede servir para erigir barreras artificiales a la entrada; (iii) la errónea interpretación que de estas cláusulas han hecho algunos comerciantes y que en ocasiones los ha llevado a aplicarlas de manera que restringen la exhibición y venta de productos de la competencia; y (iv) lo difícil que resulta para los consumidores cambiar las preferencias adquiridas en materia de cigarrillos, lo que aumenta los costos que para un entrante implica el intentar ganar participación de mercado, atendidas las restricciones a la que es, probablemente, una de las dimensiones de competencia más importantes en esta industria, esto es, la publicidad y promoción de los productos”¹⁷⁹.

Luego el Tribunal analiza las conductas imputadas en el canal *low trade*. Concretamente, analiza tres conductas, a saber, (i) entrega de créditos bajo la condición de no comercializar productos de la competencia, (ii) pagar sumas de dinero para que no se comercialicen productos de la competencia o venderlos “bajo el mesón”, esto es, sin publicidad y solo a

¹⁷⁹ Ibid. Cons. 66°.

requerimiento del cliente, y (iii) impedir el uso de las cigarreras entregadas en comodato para promocionar productos de la competencia.

Luego de analizar la abundante prueba rendida en el juicio, el Tribunal llega a la convicción en relación a la primera acusación de que “los antecedentes descritos en las consideraciones septuagésimo séptima a centésimo octava, precedentes, en conjunto constituyen elementos de juicio suficientes que, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permiten determinar la efectividad de la existencia, en el canal low trade, de comerciantes minoristas que temen o han temido perder el crédito o plazo de pago que les otorga CCT en el caso de que exhiban o vendan productos de la competencia. Sin embargo, no es posible para este Tribunal discernir, del análisis de tales antecedentes, si los temores expresados por los comerciantes en cuestión son producto de acciones positivas realizadas por dependientes de CCT dentro del período no cubierto por la prescripción de las acciones, o constituyen un comportamiento inercial que es efecto de las conductas que motivaron la Sentencia 26/2005 y, por lo tanto, ya fueron sancionadas en esta sede (...) estos sentenciadores consideran que no existe mérito suficiente en autos para dar por acreditada la conducta referida al utilizar la amenaza de restringir o eliminar el crédito como instrumento

exclusorio contrario a la libre competencia en el periodo no cubierto por la prescripción de las acciones”¹⁸⁰.

La segunda acusación, esto es, el pago hecho para no comerciar productos de la competencia de CCT, el Tribunal la desestima por no existir prueba suficiente que la acredite¹⁸¹. Los únicos antecedentes aportados fueron siete actas notariales que, por sí solas, no fueron suficientes.

Sobre la tercera acusación, cual era impedir el uso de las cigarreras para promocionar productos de la competencia, el Tribunal constata que existe la creencia entre los comerciantes de que no pueden exhibir productos que no sean de CCT, toda vez que las cigarreras le pertenecen a dicha compañía. Sin embargo, no se logró dilucidar si esa creencia se deba a actos positivos de CCT o por mera inercia de los actos condenados en la Sentencia 26/2005. En consecuencia, el Tribunal declara no existir mérito suficiente para tener por acreditada la conducta. A mayor abundamiento, CCT pactó en los contratos con los puntos de venta la libertad de exhibir productos de la competencia¹⁸².

¹⁸⁰ Ibid. Cons. 109°.

¹⁸¹ Ibid. Cons. 125°.

¹⁸² Ibid. Cons. 136°.

Finalmente, el Tribunal analiza las medidas tomadas por CCT para dar cumplimiento a la sentencia, considerándolas insuficientes. Lo más relevante, a mi juicio, es que se consigne lo siguiente: “este Tribunal considera fundamental que CCT continúe implementando las medidas de cumplimiento de la Sentencia 26/2005, que comenzó a implementar con real fuerza luego de comenzada la investigación que dio origen al proceso de autos. En especial, en lo relativo a la entrega de información suficiente y reiterada a sus clientes, por el tiempo que sea necesario, respecto de su libertad para exhibir y comercializar productos de su competencia”¹⁸³. Este considerando es relevante por cuanto impone a CCT un deber de diligencia mayor al que tuvo hasta el momento del juicio y es llamativo porque le impone un deber de información que beneficia directamente a la competencia. Recuérdese que, en la libre competencia, cada competidor utiliza los medios legítimos necesarios para su propio provecho. Bajo ese razonamiento, debiera ser Philip Morris el que informe a los puntos de venta de la posibilidad de exhibir y comerciar sus productos, sin embargo, acá el Tribunal impone esa obligación a CCT. La conclusión es que el condenado siempre debe ir un poco más allá del tenor literal de lo

¹⁸³ Ibid. Cons. 157°.

resolutivo de cada sentencia, preocupándose de que, no solo en el plano jurídico, sino que también en los hechos, la sentencia cumpla los efectos que busca.

El Tribunal resuelve, finalmente, (1) acoger la excepción de prescripción de CCT, por lo que no se juzgaron hechos anteriores al 24 de diciembre de 2007 (dado que la notificación del requerimiento de la FNE fue el 24 de diciembre de 2009) ni acciones imputadas por Philip Morris anteriores al 14 de mayo de 2008 que no hayan sido comprendidas por el requerimiento de la FNE (ya que la notificación de la demanda fue el 14 de mayo de 2010), (2) Acoger el requerimiento de la FNE y la demanda de Philip Morris “sólo en cuanto se declara que la suscripción por dicha compañía de cláusulas contractuales de arrendamiento de derechos o espacios publicitarios, en su aplicación práctica, restringen y entorpecen la competencia o al menos tienden a producir tales efectos”¹⁸⁴, y (3) imponer a CCT y sus empresas relacionadas, respecto del canal *high trade*, las siguientes medidas: “(i) en los casos en que competidores de Compañía Chilena de Tabacos S.A. no tengan un exhibidor o cigarrera en un lugar equivalente en su visibilidad para el cliente, deberá reservar y ceder el

¹⁸⁴ Ibid. Resuelvo 2°.

veinte por ciento del “facing” de las cigarreras que entregue a cualquier título a los puntos de venta, para la exhibición efectiva de cigarrillos de su competencia, sin que pueda obstaculizarse tal exhibición por medio alguno; y, (ii) deberá abstenerse de realizar hechos, actos o convenciones destinados a impedir cualquier actividad promocional lícita”¹⁸⁵.

9. Conclusiones parciales.

1. En sede de abuso de posición dominante lo primero que se debe determinar es el mercado relevante, tanto del producto como geográfico.

Luego se determina si existe una posición dominante. El mayor indicador para determinar la existencia de poder de mercado es la cuota de participación en él, pese a que no existan parámetros fijos. Por ejemplo, una cuota de participación del 40% puede ser una posición dominante en algunos casos y en otros no. También se consideran la capacidad de determinar el precio de los propios productos sin consideración de la competencia o la capacidad de soportar pérdidas, pese a no tener una alta

¹⁸⁵ Ibid. Resuelvo 3°.

participación en el mercado relevante, como ocurrió en el caso de Comercial Arauco/Líder Valdivia.

A continuación se analiza si se abusó del poder de mercado. El criterio para determinar es la razonabilidad. No se observa que existan parámetros asentados. Esto otorga libertad en sus argumentos a los litigantes, de modo que pueden echar mano, por ejemplo, a afectación de derechos fundamentales o a argumentos económicos. Esto, combinado con la regla de apreciación de la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica, también ha tenido como consecuencia que las partes inviertan muchos recursos en la producción de prueba.

Finalmente, si se tiene por acreditado el abuso, se imponen multas y/o remedios. Para la determinación de la multa la jurisprudencia es uniforme en señalar que los criterios son tres: (i) La gravedad de la conducta, (ii) el beneficio económico obtenido con motivo del ilícito, y (iii) la calidad de reincidente, para lo cual se consideran también los actos de personas relacionadas condenadas.

El contenido de los remedios, por su parte, varía según el caso.

2. Como se ha podido observar, en sede de abuso de posición dominante existe predilección por la imposición de remedios conductuales. En efecto, de todos los remedios impuestos en los casos descritos, que fueron doce, solo dos podrían considerarse como estructurales, a saber, la obligación de SCL de entregar en arrendamiento terrenos del aeropuerto Arturo Merino para la operación del servicio de terminal de carga en el caso ATREX/SCL-AMB y la obligación de CCT de ceder un 20% de las cigarreras para exhibición de productos de la competencia en el caso FNE/CCT.

Incluso la consideración de estos dos últimos remedios como estructurales no es totalmente clara, pues se trata de cesión de instalaciones esenciales, no de enajenación de derechos de propiedad.

3. En cuanto a la naturaleza de los remedios, si bien no aparece tan claramente que se traten de mera regulación y no de sanciones, me parece que igualmente es aplicable la tesis antes expuesta. O al menos, sí es posible distinguir que los fundamentos de sanciones y remedios son distintos.

En ese sentido, la sanción se inspira en una idea de justicia retributiva. El condenado debe soportar un castigo por una conducta ilícita

que viola las leyes del Estado. Muestra clara de ello es que la suma de dinero que se obliga a pagar es una multa a beneficio fiscal y no una indemnización de perjuicios como ocurre en la justicia civil. Es, además, un problema público en el sentido de que el Estado extrae el conflicto entre los privados y lo hace propio, como en el Derecho Penal. En otras palabras, el problema es público porque existe una disconformidad entre lo que el Estado prescribe y la conducta del condenado.

Las medidas que acá se han distinguido como remedios se basan en otra idea. Si se observan con detención, los remedios buscan impedir que se siga vulnerando la libre competencia y/o tender a lograr niveles de competencia mayores a los de la situación de la conducta ilícita. De esta forma, se trata de medidas que van en beneficio de la propia competencia en el mercado, no como ocurre con las multas, en donde las dos partes de ese acto son el Estado y el condenado. El problema sigue siendo público, pero ya no solo porque intervenga el Estado, sino en el sentido de que se busca corregir una situación que afecta un espacio común: el mercado.

La multa por sí sola no tiene ninguna aptitud para corregir una situación anticompetitiva. Puede reconocerse en ella un efecto disuasorio en quien comete la conducta y en el resto de los actores que observan cómo se

sanciona el ilícito, pero no tiene la capacidad de modificar directamente el mercado. Los remedios, por su parte, están pensados para corregir justamente la atrofia del mercado.

Esto nos lleva a destacar que las sanciones y remedios tienen, además, enfoques distintos. Las sanciones son fundamentalmente retrospectivas, miran al pasado, se impone una multa por una conducta ilícita ya cometida, sin importar las consecuencias que esa medida tenga. Los remedios, en cambio, tienen una doble faz, son retrospectivos y prospectivos, pues si bien tienen que analizar necesariamente la conducta realizada, tienen por finalidad que el mercado, a partir de ese punto, se corrija o mejore, o que el condenado abandone la conducta y no vuelva a incurrir en ella.

Las diferencias mencionadas constituyen, a mi juicio, elementos suficientes para concluir que es posible distinguir entre remedios y sanciones, y que en los primeros no va envuelto un reproche.

4. Se observa que el Tribunal impone las medidas con entera libertad, observando las necesidades del caso. En este punto es inevitable recordar la potestad consultiva-preventiva.

En principio, pareciera que no puede tratarse exactamente de la misma potestad, pues estos casos no se inician como producto de una consulta. Sin embargo, se observó que el Tribunal también tenía entera libertad para aprobar remedios en fusiones que no se iniciaban mediante el procedimiento de consulta. La conclusión a la que se llega a partir de toda esta evidencia es que la potestad consultiva-preventiva la tiene el Tribunal en cualquier procedimiento, sea contencioso, no contencioso o acuerdo extrajudicial. Tal vez, para evitar mal entendidos, debiera llamarse simplemente potestad preventiva.

5. A diferencia de lo que ocurría en casos de operaciones de concentración, en donde se señaló reiteradamente que los remedios no buscaban estructurar el mercado, acá esa afirmación no es tan clara. Se decía que los remedios solo debían buscar reestablecer los niveles de competencia anteriores a la fusión, sin embargo, acá no se observa cuál sería ese nivel de competencia anterior, sino que más bien lo que se busca es lograr niveles de competencia saludables.

Ya no se trata de observar y tratar de lograr un nivel de competencia que existió concretamente en algún momento, sino de determinar en

abstracto un horizonte de competencia deseable. Esto pareciera ser justamente una forma de estructurar el mercado.

V. Conclusión final.

Los remedios son medidas que imponen el TDLC o la Corte Suprema para compensar los riesgos que genera una operación de concentración o el daño que ha hecho un abuso de posición dominante.

Estos no deben confundirse con las sanciones, expresadas paradigmáticamente en la multa, pues no constituyen un reproche, sino que son regulación económica. Su finalidad y enfoque son distintos. La sanción, como ya se dijo, es una forma de reproche o castigo por una conducta ilícita, en consecuencia, tiene una mirada esencialmente retrospectiva, mientras que el remedio o medida de mitigación tiene una mirada esencialmente prospectiva pues su finalidad es impedir que el daño se siga generado o el riesgo o daño se produzca en el futuro.

A partir de todo el análisis jurisprudencial realizado, y en concordancia con su naturaleza, también es posible concluir que el TDLC y la Corte Suprema gozan de plena libertad para imponer medidas de

mitigación o remedios. El concepto técnico que ha utilizado la Corte a propósito de los análisis de operaciones de concentración es el de Potestad Consultivo-Preventiva, la cual sin embargo es utilizada por el Tribunal en cualquier proceso, lo cual a su vez es coherente con su calidad de promotor de las políticas de libre competencia.

Lo anterior no significa que no puedan encontrarse diferencias entre los remedios impuestos en el análisis de operaciones de concentración y en sede de abuso de posición dominante. Los primeros buscan reestablecer los niveles de competencia anteriores a la fusión que genera riesgos para la libre competencia, mientras que los segundos tienen una finalidad mucho más cercana a la de estructurar el mercado. Esta diferencia se basa por la diferencia en el punto de comparación que se utiliza para determinar los remedios, en uno es concreto, se refiere a niveles de competencia que existieron en algún momento, en el otro es abstracto, se buscan los niveles de competencia que deberían existir en el mercado relevante.

Finalmente, me parece que hacer algún tipo de recomendación normativa no sería muy fructífero. La intuición indica que, como consecuencia de la nula regulación de las medidas que pueden adoptar los Tribunales, deberían existir ciertos parámetros legales. Sin embargo, dadas

las infinitas posibilidades de casos que pueden presentarse, la norma que regule los remedios necesariamente va a establecer criterios amplios, lo cual terminaría por otorgar un fundamento legal más a los litigantes para impugnar cualquier decisión del TDLC ante la Corte Suprema.

Naturalmente, sería un aporte que la ley estableciera expresamente, por ejemplo, que los remedios no son mecanismos para estructurar el mercado en casos de operaciones de concentración, o que deben responder a un juicio de proporcionalidad como el que se hace en el ámbito del Derecho constitucional para ponderar derechos fundamentales, esto es, que sean útiles, necesarios y proporcionales en sentido estricto. Sin embargo, por la forma en que se ha configurado el Derecho de la libre competencia en Chile, no hay forma de obtener certeza sobre los remedios que pueden adoptar los Tribunales si no es a través de un estudio sistemático de la misma jurisprudencia.

BIBLIOGRAFÍA.

DOCTRINA CITADA:

AGÜERO. V., F. Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector *Retail*. [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491050> [Consulta: 17 de Junio de 2014].

ALFARO A., J. 2008. El comprador de los activos en la aplicación de los remedios estructurales: En particular, el Up-Front Buyer y las soluciones Fix-it-first. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons.

ALLENDES S., R. 2008. Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. P. 25.

CAÑIZARES P., E. y DOMÍNGUEZ M., D. 2008. Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis Coste-Beneficio. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. P. 183.

CREUS, A. 2008. Varios remedios en busca de un daño a la competencia por una concentración. Conceptos e instrumentos clave en materia de remedios: Comprador adecuado, negocio viable, el trustee y otros. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons.

DIEZ. E, F. 2008. Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. P. 24.

FISCALIA NACIONAL ECONOMICA. Guía para el análisis de operaciones de concentración. 2012. [En línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>>.

JIMÉNEZ L., F. y PRIETO. K., E. 2008. Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio. En: MARTINEZ L., S. Y AMADEO P., J. (Eds.). Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Fundación Rafael del Pino, editorial Marcial Pons. Pp. 138 y 139.

MONTT O., S. Condiciones impuestas por el Tribunal de defensa de la libre competencia en el marco de una operación de concentración en el Derecho chileno. [En línea] <http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2012/23_Montt.pdf> [Consulta: 12 de Julio de 2014].

MONTT O., S. El Tribunal de defensa de la libre competencia como ente regulador del comercio: Una mirada desde las políticas públicas”. [En línea] <<http://www.regcom.cl/sitio/assets/files/Informes%20y%20Papers/Documento%20de%20trabajo%201.pdf>> (Consultado el 06.01.2015).

NEHME, N. y MORDOJ, B. 2012. Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas. Estudios públicos (125).

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Suprema. Sentencia Rol 346-2013. 30.09.2013.

Corte Suprema. Sentencia rol 3993-2012. 02.01.2013.

Corte Suprema. Sentencia rol 6545-2008. 28.01.2009.

Corte Suprema. Sentencia rol 9483-2011. 05.04.2012.

Corte Suprema. Sentencia rol 10557-2014. 10.07.2014.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 37/2011. 21.09.2011.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 39/2012. 26.04.2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución 43/2012. 12.12.2012.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 73/08, Rol C 147-07. 20.08.2008.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 75/2008, Rol 113-06. 30.09.2008.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 85/2009, Rol 79-05. 02.07.2009.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 88/2009, Rol 126-07. 15.10.2009.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 90/2009, Rol 165-08. 14.12.2009.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 102/2010, Rol 191-09. 11.08.2010.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 103/2010, Rol 151-08. 08.09.2010.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N° 115/2011, Rol 196-09. 17.11.2011.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Rol 240-12. 15.01.2013.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Rol AE 07-13. 18.04.2013.

NOTICIAS CITADAS:

<http://diario.latercera.com/2014/12/20/01/contenido/negocios/10-180061-9-smu-cumple-con-exigencia-del-tdlc-y-vende-participacion-en-montserrat.shtml>

<http://www.biobiochile.cl/2014/12/19/smu-transfiere-el-40-de-supermercados-montserrat-a-inversiones-fontibre.shtml>,
<http://www.emol.com/noticias/economia/2014/12/19/695409/smu-transfiere-el-40-de-supermercados-monserrat-a-inversiones-fontibre.html>